



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLA MARIA FRANCO LAMEIRA VITALE

**O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE**

SÃO CRISTÓVÃO
2018

CARLA MARIA FRANCO LAMEIRA VITALE

**O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito à obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Orientadora: Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.

SÃO CRISTÓVÃO
2018

CARLA MARIA FRANCO LAMEIRA VITALE

**O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS
COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito à obtenção do título de Mestre. Área de Concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais. Orientadora: Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.

Aprovada em 30 de maio de 2018.

Banca Examinadora

Prof.^a Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva - Presidente/Orientadora
Universidade Federal de Sergipe.

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - Examinador interno
Universidade Federal de Sergipe.

Prof. Dr. Francesc Pérez Amorós - Examinador externo
Universitat Autònoma de Barcelona.

RESUMO

A política pública de tratamento adequado de conflitos, instituída pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, apresenta a mediação como método eficaz de tratamento de controvérsias, que privilegia a participação das partes na construção da solução. Trata-se de procedimento que mais se aproxima do acesso à justiça, por valorizar a atuação dos indivíduos, como verdadeiros protagonistas da melhor solução a ser delineada, com ênfase nos interesses, necessidades e sentimentos das pessoas envolvidas no ambiente conflituoso. As pesquisas já existentes acerca da mediação enaltecem a importância da comunicação para o desenvolvimento de diálogos construtivos e para o empoderamento das partes. O aprofundamento nesse estudo, inclusive sob o enfoque dado pelo filósofo Jürgen Habermas, ao desenvolver a teoria do agir comunicativo, mostra-se adequado para que possamos investigar em quais contextos a comunicação pode provocar a transformação de comportamento das pessoas e, conseqüentemente, da sociedade, de maneira a atingir a pacificação social, através da formação de consensos legítimos. Faz-se relevante, por consequência, evidenciar a conexão estabelecida entre o empoderamento dos indivíduos na mediação como instrumento de efetivação da busca da felicidade, um direito fundamental.

Palavras-Chave: Mediação de conflitos. Acesso à Justiça. Comunicação. Empoderamento. Busca da felicidade.

ABSTRACT

The public policy for the adequate treatment of conflicts, instituted by the Resolution 125/2010 of the National Council of Justice, presents mediation as an effective method of handling controversies, which favors the participation of the parties in the construction of the solution. It's a procedure that is closer to access to the justice, to value the participation of individuals, as true protagonists of the best solution to be built, with emphasis on the interests, needs and feelings of the people involved in the conflict environment. The researches about mediation highlights the importance of communication for the development of constructive dialogues and the empowerment of the parties. The deepening in this study, even under the approach given by the philosopher Jürgen Habermas, in developing the Theory of Communicative Action, is adequate to what we can investigate in which contexts the communication can provoke the behavior transformation of people and, consequently, of society, in order to achieve the social pacification through the formation of legitimate consensus. It is relevant, therefore, to highlight the connection established between the empowerment of individuals in mediation as an instrument for effecting the pursuit for happiness, a fundamental right.

Keywords: Mediation of conflicts. Access to justice. Communication. Empowerment. Pursuit of happiness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS	10
1.1 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E A ATUAL CONCEPÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	13
1.2 CONCILIAÇÃO X MEDIAÇÃO: DESMISTIFICANDO AS DIFERENÇAS A PARTIR DO GRÁFICO DE RISKIN.....	18
1.2.1 Análise conceitual: similitudes e divergências.....	18
1.2.2 Características e desafios no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: aspectos práticos.....	22
1.2.3 O Gráfico de Riskin e a desmistificação das divergências	28
1.3 PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: O OPERADOR DO DIREITO E AS BARREIRAS A SEREM ULTRAPASSADAS	34
1.3.1 A importância da introdução de disciplina autocompositiva na grade curricular do ensino jurídico: uma nova visão do operador do Direito	36
1.3.2 Os novos desafios do ensino jurídico: a metodologia a favor da construção de uma sociedade mais justa	38
1.4 O EQUILÍBRIO DE NASH NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A MAXIMIZAÇÃO DE GANHOS COM BASE NA TEORIA DOS JOGOS.....	41
1.4.1 Teoria dos Jogos: desafios e perspectivas	42
1.4.2 Competição X Cooperação: fundamentos estratégicos para maximização de ganhos a partir da Mediação de conflitos	45
1.4.3 O equilíbrio de Nash na Mediação de conflitos.....	49
2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DO CONSENSO E O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS A PARTIR DA COMUNICAÇÃO	52
2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA: UMA META A SER ALCANÇADA PELA MEDIAÇÃO	52
2.2 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS COMO FUNDAMENTO PARA O EMPODERAMENTO DOS ENVOLVIDOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS	55

2.2.1 Agir Comunicativo x Agir Estratégico: A racionalidade comunicativa como instrumento de conscientização emancipatória da sociedade	60
2.3 A LEGITIMIDADE DO CONSENSO: QUESTIONAMENTOS REFLEXIVOS NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	66
2.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO BASEADAS NA COMUNICAÇÃO.....	71
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A CONSAGRAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE LITÍGIOS	78
3.1 PRINCÍPIOS RECONHECIDOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO COM ÊNFASE PARA O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS	79
3.2 O PRINCÍPIO DA PROMOÇÃO PELO ESTADO DA SOLUÇÃO POR AUTOCOMPOSIÇÃO CONSAGRADO PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA NOVA NORMA FUNDAMENTAL.....	86
3.3 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO ALICERCE DA MEDIAÇÃO PARA O ALCANCE DA PACIFICAÇÃO SOCIAL	90
4 ALCANCE DA BUSCA DA FELICIDADE ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO.....	97
4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA BUSCA DA FELICIDADE	97
4.2 A BUSCA DA FELICIDADE E SUA INTERSEÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO: PRINCÍPIO IMPLÍCITO OU POSITIVAÇÃO NECESSÁRIA?	101
4.2.1 A busca da felicidade nos documentos internacionais.....	102
4.2.2 A busca da felicidade no ordenamento jurídico estrangeiro	106
4.2.3 A busca da felicidade no ordenamento jurídico brasileiro	109
4.3 EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM DIREITO FUNDAMENTAL?	113
5 CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS.....	122

INTRODUÇÃO

A abordagem do presente estudo parte do conceito de mediação e sua contextualização entre os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos. Após a análise dos procedimentos, técnicas utilizadas e princípios norteadores, a mediação poderá ser reconhecida como método que mais se aproxima da plena satisfação e autonomia das partes, já que as empodera para a construção da solução mais justa, como instrumento da dignidade humana e, conseqüentemente, da busca da felicidade.

No Brasil, a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, introduz a mediação de conflitos, ao lado da conciliação, como marco de uma política pública a ser estimulada pelos Tribunais brasileiros, em consonância com o que preconiza a nova hermenêutica constitucional quanto aos critérios de justiça que devem ser observados pelo Judiciário, em detrimento da cultura litigante que ainda prevalece. O princípio da dignidade da pessoa humana e os valores de um processo justo passam a reger o tema do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Por essa Resolução, estimulou-se a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc's), bem como Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec's) nos Tribunais brasileiros, órgãos responsáveis por estruturar e fomentar a conciliação e, sobretudo, a mediação como métodos adequados para resolver e transformar conflitos.

Para trazer efetividade à atual concepção de acesso à justiça, o instituto da Mediação foi positivado através da Lei n. 13.140/2015, conhecida como "Lei de Mediação", cuja vigência se deu em dezembro de 2015, na qual constam definições, princípios, requisitos para ser mediador judicial e extrajudicial, além de procedimentos, o que representa um marco para a consolidação do instituto e reconhecimento de validade.

Ainda como resultado dessa iniciativa, o atual Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em vigor desde março de 2016, inseriu a conciliação e a mediação no capítulo destinado às normas fundamentais do processo civil e, de forma principiológica, delegou ao Estado a promoção da solução consensual de conflitos, que deve ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Inaugura-se, assim, um novo modo de trabalhar os conflitos, privilegiando a participação dos envolvidos na construção de consensos legítimos. O Judiciário é convocado a ser o protagonista desse novo formato de justiça, em que pese haver a discussão de não ser o

local mais adequado para se implantar a mediação, o que se evidenciará como uma das hipóteses a serem investigadas. Observa-se que a cultura do litígio fez com que as pessoas perdessem a capacidade de negociar por si próprias e sentissem a necessidade de um terceiro para decidir suas controvérsias.

O presente trabalho partirá da análise geral dos meios autocompositivos de tratamento de conflitos, a fim de ressaltar que os valores trazidos pela mediação, conceituada numa perspectiva interdisciplinar, configuram-na como método promotor da transformação do conflito, diferenciando-a do modelo de busca pelo acordo. Salientar-se-á a necessidade de um novo modo de formação dos operadores do direito, diante dos desafios atuais que precisam ser ultrapassados, bem como a importância da percepção de que atitudes cooperativas geram a maximização de ganhos mútuos, com fundamento teórico na teoria dos jogos.

Nesse contexto, pretende-se analisar em que momento e em quais circunstâncias a mediação de conflitos foi introduzida no sistema processual brasileiro, que tratava somente da conciliação, a exemplo da Lei n. 9.099/95, referente aos Juizados Especiais, bem como as peculiaridades que diferenciam e aproximam esses institutos. Cabe, ainda, refletir sobre a forma de atuação do facilitador (conciliador ou mediador) em cada método, nos termos definidos em lei. Partir-se-á da hipótese de que não há razão para se exigir requisitos diferenciados para ambos, uma vez que as peculiaridades do caso concreto definirão a forma de atuação do facilitador.

Dar-se-á especial atenção à questão da comunicação como mecanismo a ser trabalhado, de maneira a propiciar a construção de consensos legítimos. Tal intento só será possível através do empoderamento dos indivíduos, cujo estudo buscará fundamento na teoria do agir comunicativo, de Jürgen Habermas, que se baseia na satisfação de condições de entendimento e cooperação, onde os participantes agem no sentido de colocar seus planos de ação em sintonia uns com os outros, a fim de que a comunicação seja regida por uma busca sincera desse entendimento.

Assim, essa teoria pressupõe íntima ligação com o objetivo da mediação, de permitir aos envolvidos um procedimento dialógico e tornar possível a emancipação da pessoa e da comunidade da qual participa, promovendo a pacificação social. Imperioso investigar de que forma a mediação vem sendo trabalhada no Judiciário brasileiro e quais são os requisitos para promoção de consensos legítimos.

Para tornar possível uma comunicação eficaz, imprescindível uma análise das técnicas de mediação, também conhecidas como ferramentas provocadoras de mudanças no comportamento dos envolvidos, de forma a tornar possível atingir um ambiente que

proporcione situações ideais de fala, caracterizadas por Habermas como garantidoras da igualdade entre os falantes. Partir-se-á da hipótese de que esse ambiente ideal é possível na esfera do Judiciário, pelo que pertine questionar de que forma se pode atingi-lo.

É nesse caminho que se pretende discorrer sobre os princípios norteadores desse método autocompositivo, com ênfase para o Princípio da Promoção pelo Estado da Solução por Autocomposição, consagrado pelo atual Código de Processo Civil como uma nova norma fundamental; além do Princípio da Fraternidade, que deve servir de base principiológica da Mediação para o alcance da harmonização social.

Em face dessas considerações, poder-se-á estabelecer a conexão entre o empoderamento dos indivíduos na mediação como instrumento de efetivação da busca da felicidade. Alguns doutrinadores a classificam como um direito fundamental implícito, sob argumento de decorrer do princípio da dignidade da pessoa humana ou por ter sua importância reconhecida no decorrer da história e ser indispensável à vida humana.

Importante citar que a Organização das Nações Unidas (ONU), em sua Assembleia Geral, ocorrida em 13 de julho de 2011, classificou a "Busca da Felicidade" como "meta fundamental humana". É prevista expressamente em diversos diplomas de direitos humanos e legislações estrangeiras, o que respalda a relevância do assunto. No Brasil, apesar de não estar positivada no ordenamento jurídico, tem sido fundamento de recentes e importantes decisões dos Tribunais superiores pátrios, a exemplo das uniões homoafetivas e pesquisas com células tronco.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizar-se-á o método teórico-bibliográfico, através da análise de livros, artigos, revistas científicas, dissertações, entre outros, em meio impresso ou digital, a fim de responder ao seguinte questionamento: em que contexto a mediação proporcionará o empoderamento dos indivíduos, de maneira a ser instrumento de efetivação da busca da felicidade?

O trabalho ora apresentado relaciona-se à área de concentração de constitucionalização do Direito e enfatiza a atual concepção de acesso à justiça, integrando-se à linha de pesquisa "mediação de conflitos", correspondente ao grupo de pesquisa "eficácia dos direitos humanos e fundamentais: seus reflexos nas relações sociais", cadastrado no CNPQ e coordenado pela professora Dra. Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva.

Destaca-se pela relevância jurídica e social, pois pretende-se provocar a reflexão da sociedade, dos operadores do Direito e de todos os envolvidos nesse movimento, para o novo tipo de justiça que se impõe, baseado em valores democráticos e fraternos, com vistas a educar a sociedade para a construção de consensos legítimos, pela busca da felicidade.

1 MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

É imperioso que se inicie o presente estudo com a análise do vetor propulsor do tratamento das controvérsias: o conflito. Concebido como parte da natureza humana, a forma de sua abordagem varia de acordo com fatores como as características das partes, seus valores, motivações e crenças; relacionamentos prévios entre os envolvidos, com suas concepções e expectativas; a natureza da questão; o ambiente social; entre outros elementos importantes. (DEUTSCH, 2004, p. 31).

Freitas Jr. (2013, p. 34) esclarece que entre os juristas que enfatizam a associação de conflito e jurisdição "há os que se inclinam por um olhar pré ou paraprocessual do problema intersubjetivo, e para esses torna-se central a ideia de "lide" ou pretensão resistida." Também há os que empregam o termo "conflito", associando-o à ação (processo, demanda, litígio, controvérsia ou disputa) judiciária.

O autor, ao aprofundar seu estudo, desenvolve o conceito de conflitos subjetivos de justiça como aqueles que envolvem dois ou mais atores revestidos de subjetividade, os quais não se confundem com a noção de controvérsia ou disputa. (FREITAS JR., 2013, p. 36). Por não comportar o objeto do presente estudo, optou-se por utilizar os referidos termos como sinônimos.

A associação do conceito de conflito a um sentido negativo e à ideia de competição é deveras comum, o que evidencia uma confusão de sentidos, como bem analisa Deutsch (2004, p. 35):

Apesar de toda competição produzir um conflito, nem todo conflito reflete uma competição. Esta implica uma oposição entre os objetivos das partes interdependentes, de maneira que a probabilidade de uma parte alcançar sucesso diminui à medida que a da outra parte aumenta. Em um conflito que provém de competição, as ações incompatíveis refletem objetivos também incompatíveis.

De fato, o que ocorre na maioria dos contextos conflituosos é que as partes se posicionam como adversárias e vencer a disputa torna-se o único objetivo dos envolvidos. Por esse motivo, a palavra "conflito" recebe uma conotação pejorativa, na maioria das vezes em que é referida.

Acostumou-se a vivenciar o conflito como algo negativo, que traz angústia e sofrimento aos envolvidos, de forma que a medição de forças que se estabelece promove a sensação de ganho e perda, onde, na maioria das vezes, ambos saem desgastados do contexto conflituoso e com a sensação de derrota. Afinal, numa disputa, sempre há falhas na

comunicação, as quais, se não forem bem trabalhadas, contribuirão para o acirramento da controvérsia.

É sob essa perspectiva que Deutsch (2004, p. 41) distingue os conflitos destrutivos e construtivos. Explica que um conflito tem consequências destrutivas quando, com as conclusões e resultados advindos da sua resolução, os envolvidos sentem que perderam. Por outro lado, se todos os participantes estão satisfeitos com os seus efeitos e sentem que, de alguma forma, foram beneficiados, está-se diante de um conflito construtivo, capaz de gerar consequências produtivas.

Nesse sentido, o mesmo autor define os processos cooperativos e competitivos, sobretudo quanto aos seus efeitos, ao afirmar que: "Em uma situação cooperativa, os objetivos estão tão ligados que todos "afundam ou nadam" juntos, enquanto que, na situação competitiva, se um nada o outro deve afundar". (DEUTSCH, 2004, p. 42).

Prossegue o autor nessa análise ao afirmar que:

The major difference, for example, between constructive controversy and competitive debate is that in the former people discuss their differences with the objective of clarifying them and attempting to find a solution that integrates the best thoughts that emerge during the discussion, no matter who articulates them¹. (DEUTSCH, 2006, p. 29).

Da mesma forma entende Vezzulla (2013, p. 74), quando afirma que: "É a convicção solidária de coparticipação e de corresponsabilidade na certeza de que nada será efetivamente resolvido se não satisfaz a todos por igual". Ou seja, os indivíduos devem se sentir comprometidos com a melhor decisão a ser construída, de maneira que os interesses possam ser sopesados para o alcance de um consenso adequado para todos.

A partir dessa ideia, pode-se concluir que em situações onde há cooperação na busca da melhor solução para a controvérsia, há uma soma de esforços, de maneira que todos serão responsáveis pelo resultado obtido. Assim, haverá uma maior percepção de que o conflito, se bem trabalhado pelos envolvidos, pode ser visto como algo positivo.

Oportuno salientar a visão de conflito trazida pela mediadora Lisa Parkinson (2016, p. 32):

O conflito em si não é nem positivo nem negativo: é uma força natural necessária ao crescimento e transformação das relações humanas. O que importa é a forma como ele é tratado, se bem resolvido, por exemplo, o conflito não provoca mal algum, pois a energia por ele produzida é canalizada construtivamente e não destrutivamente.

¹ A principal diferença, por exemplo, entre a controvérsia construtiva e o debate competitivo é que, na primeira, as pessoas discutem suas diferenças com o objetivo de esclarecê-las e tentando encontrar uma solução que integre os melhores pensamentos que emergem durante a discussão, não importa quem as articule. (tradução livre).

Como bem afirma Azevedo (2013, p. 41), "a partir do momento em que se percebe o conflito como um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos é que é possível se perceber o conflito de forma positiva".

Assim, o conflito promove uma oportunidade de melhoria, quando visto como algo que integra a natureza humana e as relações sociais, de forma que se bem trabalhado, através de uma abordagem mais ampla das questões que o envolvem, unifica interesses e gera opções de ganhos mútuos, com resultados satisfatórios para os envolvidos.

É nessa linha de pensamento que a mediação de conflitos constroi e solidifica suas bases como método mais adequado de tratamento de controvérsias, ao proporcionar soluções prospectivas e voltadas para a justiça de cada um.

Partindo dessa premissa, Meirelles e Marques (2016, p. 95) afirmam que a mediação não tem como objetivo a obtenção de um acordo, mas a possibilidade de uma solução construída pelos mediandos, por meio do diálogo esclarecido e reconhecimento da relação conflituosa, a partir da assunção de responsabilidades por cada um e da cooperação entre as partes. Salientam que não deve haver qualquer tipo de imposição, apenas o auxílio de um terceiro confiável pelos sujeitos envolvidos e facilitador do restabelecimento da comunicação, o mediador.

Com base nesses ensinamentos, pode-se afirmar que a mediação aprofunda as questões a serem trabalhadas no conflito, com objetivo de esclarecer e evidenciar aspectos positivos do conflito.

Daí a necessidade do facilitador possuir habilidade necessária para que, através da aplicação de técnicas específicas, possa provocar a mudança de comportamento das partes, que passarão a não se enxergarem como oponentes, mas como peças fundamentais para a construção de uma solução que promova benefícios compartilhados, numa visão prospectiva de realidade. E o empoderamento consiste nessa consciência de comportamento e poder de decisão.

Os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, especialmente a mediação, vêm sendo aclamados como mecanismos de promoção de efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, em 2010, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça passou a exigir do Judiciário, bem como da sociedade, um novo olhar para a mediação e a conciliação, o que se consolidou com a Lei n. 13.140/2015 e o atual Código de Processo Civil.

1.1 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS E A ATUAL CONCEPÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Como métodos de tratamento adequado de conflitos, os autocompositivos distinguem-se dos demais por privilegiar a vontade das partes na construção da solução e destacam-se: a negociação, a conciliação e a mediação. Por sua vez, os métodos heterocompositivos evidenciam-se por haver um terceiro que decide a demanda, a exemplo da arbitragem e da sentença judicial.

Tartuce (2016, p. 26) ressalta que na hipótese de autocomposição "a solução do conflito contará com a vontade de uma ou ambas as partes para que se verifique, inexistindo a participação de um terceiro com poder decisório para definir o impasse".

É como explica Guerrero (2015, p. 172):

Há uma clara dicotomia entre os denominados métodos de solução de controvérsias consensuais, nos quais a própria participação das partes levará à solução e à conformação do litígio e, de outro lado, os métodos adjudicatórios de solução de controvérsias, nos quais haverá um terceiro imparcial escolhido pelas partes ou de acordo com mecanismos por elas estabelecidos e que será responsável pela solução da controvérsia.

No contexto autocompositivo, a negociação caracteriza-se por ser um método de solução de conflitos em que as próprias partes resolvem a demanda, sem que haja a participação ou intervenção de outra pessoa. Como bem afirmam Fisher, Ury e Patton (2005, p. 21), na negociação "cada um dos lados toma uma posição, defende-a e faz concessões para chegar a uma solução de compromisso".

Para Calmon (2015, p. 105), a negociação tem como objetivo a autocomposição e caracteriza-se pela conversa direta entre os envolvidos, sem que haja o auxílio de um terceiro facilitador. Aduz ser uma atividade inerente à condição humana, já que o homem procura o diálogo sempre que o interesse da sociedade depende da satisfação de outrem para ser atendido com êxito.

Ainda conforme Fisher, Ury e Patton (2005, p. 28), há alguns métodos de negociação baseados em princípios, desenvolvidos por especialistas da Universidade de Harvard, aptos a tornar os resultados mais produtivos. Partem das seguintes premissas: "separe as pessoas do problema; concentre-se nos interesses, não nas posições; crie uma variedade de possibilidades antes de decidir o que fazer; e insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo".

Dessa forma, permite-se que os envolvidos em um processo de negociação possam chegar a um acordo baseados em interesses mútuos, através de ações cooperativas, após oportunidades de geração de opções, com a utilização de critérios objetivos, que possam conciliar interesses divergentes. Trata-se de um conjunto de técnicas capazes de auxiliar na percepção dos reais interesses trazidos por cada um, os quais, quando atentamente ouvidos e compreendidos, facilitarão o sucesso do diálogo negocial.

Por sua vez, a conciliação é o método de resolução de controvérsias, na qual há participação e administração do conciliador, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar arestas, podendo sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens. No entendimento de Bacellar (2012, p. 86), a conciliação é um processo técnico, onde um terceiro imparcial ouve as partes, orienta-as, auxilia com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções que atendam aos interesses dos envolvidos e as materializa em um acordo.

Pela conciliação, a negociação é dirigida por um terceiro facilitador, que auxiliará os envolvidos no procedimento a pensarem em soluções possíveis, dentro de um critério de equilíbrio e que satisfaça todos os participantes. A conciliação caracteriza-se pela participação mais ativa do conciliador nas tratativas.

Já a mediação, configura-se como um método diferenciado dos demais, por empoderar as partes para a solução dos seus próprios conflitos, com foco nos interesses e sentimentos dos envolvidos, em busca da satisfação plena dos participantes e da pacificação social. Tem como objetivo fortalecer relações, preservar laços de confiança e compromissos recíprocos. As soluções são construídas pelos próprios envolvidos no conflito, com o intuito de superá-lo de forma construtiva, o que se apresenta muito mais satisfatório e duradouro para as partes. (BACELLAR, 2012, p. 108).

Para Moore (1998, p. 28) a mediação caracteriza-se por "estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos". Conta com a participação de uma pessoa externa, o mediador, que irá conduzir os envolvidos à solução das questões apresentadas.

Dessa forma, depreende-se que, entre os métodos autocompositivos, a mediação ganha relevo pela abordagem profunda da controvérsia, já que as partes são estimuladas a pensarem na melhor solução por si sós. Permite-se um novo olhar para o conflito, através do reconhecimento mútuo e da participação direta dos envolvidos no contexto conflituoso. Para tanto, é preciso que as pessoas sejam orientadas, de forma voluntária, a ouvir e serem ouvidas,

para a melhor avaliação dos resultados.

Pela definição trazida por Tartuce (2016, p. 176), a mediação é um método consensual, no qual há atuação de um terceiro imparcial "para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem".

Nesse toar, pode-se afirmar que os métodos autocompositivos privilegiam a autonomia das partes na condução dos seus conflitos, cabendo relacioná-los ao atual conceito de efetivo acesso à justiça.

Para tanto, convém analisar o princípio do acesso à justiça, constante no art. 5º, XXXV, que assim dispõe: "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O referido princípio, inicialmente, representou o acesso ao Estado, que se deu de maneira formal e com efetividade questionável.

É como Mancuso expõe (2015, p. 488): "Durante largo tempo difundiram-se na experiência brasileira as percepções de que a jurisdição é um apanágio e um monopólio do Estado." Com esse entendimento, o acesso à justiça significava a possibilidade de demandar junto ao Poder Judiciário. Era preciso ampliar e facilitar o acesso ao Estado.

A nova hermenêutica constitucional passa a priorizar os direitos fundamentais, sob a égide do princípio da dignidade humana e dos valores de um processo justo; e é seguindo essa trilha que o tema do acesso à justiça é reinterpretado. Surgem questionamentos sobre o ideal de justiça e as formas de alcançá-la.

Em uma novel direção, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 6) lecionam sobre o acesso à justiça:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira “onda” desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso a justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Os referidos autores trabalharam as três ondas de acesso à justiça. A primeira, teve como foco a assistência jurídica e efetivou-se a partir das publicações da Lei 1060/51, da Constituição Federal de 1988 e com a implantação da Defensora Pública, de maneira a permitir o acesso dos que não possuíam condições financeiras para custear suas demandas judiciais. (MANCUSO, 2015, p. 153).

A segunda, direcionou-se ao estímulo às ações coletivas e defesa dos direitos difusos

em juízo, o que se consolidou com as publicações da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. (MANCUSO, 2015, p. 153 e 154).

A terceira e última onda de acesso à justiça surgiu com as formas adequadas de resolução de conflitos, com ênfase na conciliação e mediação, já que o modelo do estado protetor já não mais atendia aos anseios da sociedade de uma justiça efetiva. (MANCUSO, 2015, p. 154).

Essa visão do direito fundamental ao acesso à justiça adveio com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana. A justa solução deveria emergir dos próprios envolvidos no conflito, com base nos seus interesses e necessidades.

Bacellar (2012, p. 55) defende o "acesso à ordem jurídica justa", o que, no contexto do Estado, seria a ideia de acesso à justiça, numa perspectiva de direito do cidadão à resolução adequada dos conflitos.

Sarlet (2012, p. 101) enfatiza que dentro do conteúdo da dignidade humana está a garantia de uma identidade pessoal dos indivíduos, bem como o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular.

Pelo exposto, a efetivação do direito ao acesso à Justiça não se confunde com acesso ao Judiciário. Azevedo (2013, p. 8) afirma que "inicialmente o movimento de acesso à Justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos ou custos elevados [...]. Acrescenta, contudo, que a administração da justiça voltou-se a melhor resolver as demandas, sem ficar adstrita a "fórmulas exclusivamente positivas" e, principalmente, valendo-se de métodos interdisciplinares, com vistas a atender, além dos juridicamente tutelados, aqueles que podiam contribuir para a pacificação social.

Nas palavras de Barroso (2015, p. 44): "Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar pela descoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos". O Estado deveria garantir os meios de acesso das pessoas ao Judiciário, para que seus direitos fossem resguardados e a cidadania garantida. Foi o que Cappelletti e Garth denominaram de primeira e segunda ondas de acesso à justiça.

Ocorre que era preciso haver preocupação com a lide sociológica, não apenas com a lide processual, que se resume ao que está adstrito à petição inicial e à contestação, através dos verdadeiros interesses que motivaram o conflito, na maioria das vezes não identificados pelo modelo tradicional de justiça. São os chamados interesses subjacentes, aqueles percebidos apenas através de uma abordagem mais ampla do conflito.

Nesse contexto, como fruto da terceira onda de acesso à justiça, é editada a Resolução n. 125/2010, pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de orientar e organizar de maneira uniforme, nos tribunais brasileiros, esse novo paradigma. Assim, Azevedo (2013, p. 9) explica que:

Com a Resolução n.º 125/2010, começa a se criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivo pacificadores - a pergunta a ser feita deixou de ser "como devo sentenciar em tempo hábil" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente e no menor prazo".

Da mesma forma Humberto Dalla Pinho (2017, p. 151) se posiciona quando afirma que a Resolução n. 125/2010 traz como uma de suas premissas que: "o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa".

É com fundamento nessa nova hermenêutica que o princípio do acesso à justiça deve passar a ser recepcionado pelos operadores do direito, a partir de uma visão neoconstitucionalista, onde o Poder Judiciário possa contribuir para dar efetividade ao sistema. Afinal, no cumprimento do seu dever de julgar, referenda sua decisão em torno de uma troca de argumentos regrada pelo processo. Dizer o justo pelo Judiciário, através de uma sentença, nem sempre significa alcançar a justiça dos envolvidos. É preciso que se estabeleçam novas formas de justiça, onde todos possam ser ouvidos e reconhecidos.

Com a publicação da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário é conclamado a direcionar essa política pública e reestruturar o modelo de conciliação em vigor, ao tempo em que a mediação é introduzida no sistema jurídico como uma promessa para a pacificação social.

Para corroborar com esse objetivo, entra em vigor a Lei n. 13.140/2015, que trata da mediação de forma específica. Além disso, o novo Código de Processo Civil traz as formas consensuais de solução de conflitos como normas fundamentais, as quais ganham lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a função autocompositiva assume relevância, de maneira que convém analisar os institutos da conciliação e da mediação, tão evidenciados no atual diploma processual brasileiro.

1.2 CONCILIAÇÃO X MEDIAÇÃO: DESMISTIFICANDO AS DIFERENÇAS A PARTIR DO GRÁFICO DE RISKIN

A conciliação e a mediação destacam-se como métodos autocompositivos adequados de tratamento de conflitos, por evidenciarem a importância da comunicação para o desenvolvimento de diálogos construtivos e valorizar o papel do facilitador como agente capacitado para promover o entendimento entre as partes, através de habilidades cognitivas e técnicas capazes de provocar mudanças no comportamento dos envolvidos na controvérsia.

Nesse contexto, o conflito pode ser trabalhado em sua amplitude e ser percebido de forma construtiva, sem a ideia de oposição, inerente aos processos judiciais. A reinterpretação do princípio do acesso à justiça prima pelo atendimento a valores sociais e ao acesso à ordem jurídica justa, voltada à satisfação dos envolvidos no conflito.

Com essa nova realidade que se aponta, afloram indagações quanto à diferença entre conciliação e mediação, formação dos respectivos facilitadores e aspectos práticos decorrentes de sua aplicação. Por definição, no contexto das relações continuadas, é a mediação que alcança mais efetividade no acesso à justiça, por permitir aos envolvidos a construção da solução que, de maneira isonômica, atende as suas necessidades e interesses.

Por sua vez, à conciliação foi reservada a possibilidade do conciliador participar da condução da sessão, de forma mais ativa, podendo, inclusive, sugerir e propor soluções, já que é recomendada para casos onde não haja vínculo anterior entre os envolvidos e trate de questões pontuais.

Ocorre que, na prática, está ocorrendo uma confusão entre os institutos, de maneira que muitas conciliações estão sendo equiparadas a mediações e vice-versa, motivo pelo qual é imperioso avaliar em que aspectos essa diferenciação é pertinente, sobretudo quanto à formação do conciliador ou mediador.

1.2.1 Análise conceitual: similitudes e divergências

É importante reforçar o fato de que os institutos da conciliação e mediação fazem parte dos métodos autocompositivos de tratamento de conflitos e, como tais, são considerados os mais adequados, por privilegiarem a participação dos envolvidos na construção da solução. Como formas consensuais, posicionam as partes como detentoras do poder decisório e responsáveis pela estruturação do resultado que melhor atende aos interesses de cada um.

Salienta Tartuce (2016, p. 47), nesse sentido, que:

Pode ocorrer que as partes não consigam, sozinhas, comunicar-se de forma eficiente e entabular uma resposta conjunta para a composição da controvérsia. Afinal, a deterioração da relação entre os indivíduos pode acarretar graves problemas de contato e comunicação. Nessas situações, pode ser recomendável que um terceiro auxilie as partes a alcançar uma posição mais favorável na situação controvertida, por meio da mediação ou conciliação.

É como preceitua, também, Guerrero (2015, p. 172) ao esclarecer a evidente dicotomia existente entre os denominados métodos de solução de controvérsias consensuais e os adjudicatórios. Nos primeiros, "a própria participação das partes levará à solução e à conformação do litígio"; nos segundos, "haverá um terceiro imparcial escolhido pelas partes ou de acordo com os mecanismos por elas estabelecidos e que será responsável pela solução".

Como visto, tanto na mediação quanto na conciliação, há a presença de um terceiro facilitador, que atuará na condução de um diálogo produtivo entre os envolvidos, os quais, ao final, estarão aptos a decidir pelo melhor resultado. A ausência de poder decisório na atuação do conciliador ou mediador é o que as caracteriza como meios autocompositivos.

No âmbito conceitual, de forma majoritária, convencionou-se definir conciliação como método de resolução de controvérsias, no qual um profissional imparcial intervém para auxiliar os contendores a entabularem um acordo, inclusive, com sugestões de alternativas à controvérsia, sem, todavia, forçá-lo. (TARTUCE, 2016, p. 48).

Com base nesse entendimento, pode-se afirmar que a atuação do conciliador é voltada para resolver o conflito através do acordo, participando mais ativamente das negociações, de maneira a organizar as questões de forma objetiva, sem, contudo, promover qualquer tipo de intimidação para que os envolvidos conciliem.

Por sua vez, a mediação configura-se como um método diferenciado dos demais, por empoderar as partes a descobrir caminhos possíveis para a resolução dos seus próprios conflitos, com foco nos interesses e sentimentos dos envolvidos, em busca da satisfação plena dos participantes e da pacificação social. O mediador age como um facilitador do diálogo e estimula a construção de soluções, sem, contudo, sugerí-las.

Águida Barbosa (2015, p. 33) esclarece que a mediação não se confunde com a conciliação por ser "uma linguagem própria que se vale da própria linguagem da interdisciplinaridade, para que tenha a amplitude necessária à sua manifestação plena, posto que a ela é atribuída a qualidade de amálgama de pensamento/sentimento, em uníssono".

O psicanalista e mediador Vezulla (2006, p. 69-70) conceitua a mediação como um procedimento privado e voluntário, que tem como objetivo o estabelecimento de uma comunicação cooperativa e respeitosa entre os envolvidos, de maneira a trabalhar aspectos

voltados à compreensão do relacionamento, além das suas necessidades e motivações para o alcance de uma solução satisfatória para todos.

Pode-se concluir, a partir desses ensinamentos, que a mediação trabalha o conflito num contexto mais amplo, com foco na "lide" sociológica e a partir de uma visão positiva de transformação do conflito, ao tempo em que a conciliação visa tratar de aspectos pontuais, com foco na obtenção do acordo para resolver o conflito.

Nessa linha de raciocínio, o novo Código de Processo Civil² diferenciou a atuação do conciliador e do mediador e evidenciou que o primeiro restringirá sua atuação, preferencialmente, para situações em que não haja vínculo anterior entre as partes, podendo sugerir soluções; o segundo atuará, também preferencialmente, em casos onde exista previsão de relação continuada e o conflito possa ser trabalhado em sua amplitude, com ênfase para a questões e interesses que permeiam o contexto fático.

Extraí-se do diploma processual civil que algumas características do conflito determinarão a forma de atuação do terceiro facilitador, a exemplo da existência ou não de vínculo anterior entre as partes. Ao conciliador foi reservado um comportamento mais atuante, podendo sugerir soluções; ao passo que ao mediador foi atribuída uma posição exclusiva de facilitador da comunicação, onde a solução deve emergir somente das partes, com base em interesses subjacentes e sentimentos envolvidos no conflito.

Para Barbosa (2015, p. 60):

Na conciliação, o sujeito aceita a exclusão de parte de um direito que acredita ter em prol de um acordo; já na mediação, sua atividade é inversa, pois é de inclusão, contemplando e exaltando as diferenças. Em uma dinâmica de discussão e de diálogo, os mediandos têm a oportunidade de rever o conflito, assumindo a condição de sujeitos autônomos, capazes de fazer novas escolhas, reconhecendo seus limites e possibilidades, e exaltando os recursos pessoais adormecidos.

Em que pese as diferenças apontadas, Tartuce (2016, p. 179) relaciona semelhanças entre a mediação e a conciliação, tais como a participação de um terceiro imparcial; a promoção da comunicação produtiva; a não imposição de soluções; a busca de resultados satisfatórios para os envolvidos e o exercício da autonomia das partes, na elaboração de saídas para os impasses.

² Art. 165 [...] §2º, CPC. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. §3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A mesma autora questiona se haveria efetivamente distinções, diante de tantas semelhanças, e esclarece que "há quem sustente não haver diferença entre mediação e conciliação: na prática o terceiro que as realiza poderia escolher entre uma ou outra vertente de atuação". (TARTUCE, 2016, p. 179).

De forma semelhante Grinover (2016, p. 171) trata do assunto, quando esclarece que "[...] se assim se podem distinguir teoricamente os dois métodos, na prática muitas vezes eles se confundem e o que poderia aparecer, numa triagem prévia, mais adequado para a conciliação, acaba sendo melhor resolvido pela mediação, e vice-versa".

Por essas considerações é que se questiona a relevância em diferenciar os intitutos e qual a utilidade prática de se estabelecer requisitos distintos para a formação dos respectivos facilitadores, uma vez que, na prática, ambos deverão ter o domínio das técnicas e habilidades comunicacionais suficientes para migrar entre as formas de atuação, já que somente o caso concreto definirá a amplitude das questões a serem trabalhadas.

Para corroborar com esse questionamento, observa-se que a própria Lei de Mediação, de n. 13.140/2015, estabelece, em seu art. 46³, a possibilidade da mediação *on-line*. Trata-se de modalidade de mediação que poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

Esse modo de execução da mediação, por um lado facilita a aproximação entre pessoas impossibilitadas de se fazer presentes nas sessões, através da ferramenta de vídeo conferência, o que demonstra ser proveitoso; mas, por outro lado, incentiva a construção de plataformas digitais, as quais têm sido utilizadas para trabalhar as denominadas "demandas de massa".

Nesse contexto, a Emenda n. 02/2016 do Conselho Nacional de Justiça, alterou a Resolução n. 125/2010, para inserir o procedimento da mediação digital, com incidência direta sobre os artigos 6º, inciso X e 18-A⁴. Instituiu-se a plataforma digital denominada "Mediador Digital. A justiça a um clique". Através dela, o cidadão se cadastra, descreve o conflito, dialoga com a outra parte, avalia a proposta e pode ou não chegar a um acordo.

Trata-se de um serviço público e gratuito, de fácil acesso pelo portal do CNJ⁵, que

³ Art. 46, Lei n. 13.140/2015. A mediação poderá ser feita pela internet ou outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

⁴ Art. 6º [...] X, Res. n. 125/2010. Criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 344, §7º, do Novo Código de Processo Civil e do art. 46 da Lei de Mediação;

Art. 18-A, Res. n. 125/2010. O sistema de Mediação Digital ou a distância e o Cadastro Nacional de Mediadores e Conciliadores deverão estar disponíveis ao público no início de vigência da Lei de Mediação.

⁵ <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>

permite acordos virtuais, com algumas empresas que já se encontram cadastradas no sistema, consideradas grandes litigantes, com o intuito de se negociar, eminentemente, questões afetas às causas consumeiristas.

Observe-se que, numa plataforma digital, não há possibilidade de ser estabelecida uma comunicação visual entre os envolvidos, de maneira que sua utilização se dará para tratamento de questões mais restritas, até porque a fala se converte em escrita. A análise e identificação de sentimentos e interesses subjacentes fica, evidentemente, prejudicada.

É como base nesse ponto que, em que pese se reconheça a importância da mediação *on-line* como ferramenta tecnológica de tratamento de conflitos, que possibilita maior rapidez e economia monetária, sobretudo numa sociedade globalizada, questiona-se: "estamos diante de um procedimento de mediação ou de conciliação?"

Revela-se bastante apropriada essa observação, sobretudo num momento em que há um movimento pela humanização das relações e a mediação vem sendo preconizada como o método mais adequado para trabalhar aspectos do conflito que possibilitam uma aproximação comunicacional produtiva entre os envolvidos.

Nessa perspectiva, não se poderia chamar sequer de conciliação, já que mais condizente com o instituto da negociação, dada a ausência da figura do terceiro facilitador. Mas, considerando as especificidades trazidas pela legislação pátria, seria mais apropriada a utilização do termo "conciliador digital". Na verdade, essa nomenclatura é indiferente ao que propõe a nova hermenêutica do acesso à justiça, de proporcionar consensos que atendam a justiça de cada um, através de diálogos.

Dessa forma, as opiniões divergem quanto à pertinência de se tratar a conciliação e a mediação como métodos específicos e diferentes ou se a conciliação seria, na verdade, uma modalidade de mediação, motivo pelo qual necessário se faz uma análise dos aspectos práticos que circundam essa dicotomia.

1.2.2 Características e desafios no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: aspectos práticos

No Brasil, a conciliação sempre predominou quantitativamente como fenômeno judicial, onde as partes são conduzidas por um terceiro imparcial rumo à obtenção de um acordo com objetivo de extinção do processo. Nesse sentido, a legislação vem contemplando esse método como procedimento relevante na gestão do conflito, a exemplo da Lei dos Juizados Especiais e da Consolidação das Leis do Trabalho. (TARTUCE, 2016, p. 49).

Calmon (2015, p. 167-168) chama atenção para as experiências no Brasil ainda na Constituição Imperial, quando o art. 161 estabelecia a conciliação prévia obrigatória. Nesse mesmo sentido seguiu o Regulamento n. 737 (1850), que tratava das causas comerciais. O Dec. n. 359, de 26 de abril de 1890, editado pelo governo provisório, revogou a legislação que exigia a tentativa de conciliação preliminar. Em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho evidenciou a conciliação no art. 764. O instituto também foi mencionado na Lei n. 968, art. 1º; no Código de Processo Civil de 1973; na Constituição Federal de 1988.

Eis a importância que a via conciliatória teve na construção do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Lei n. 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Ressalte-se que em nenhum desses momentos houve preocupação com a formação e técnica a ser empregada pelo conciliador, que atuava de forma intuitiva, de acordo com suas características e perfil pessoal.

Em relação à mediação judicial, de acordo com os ensinamentos de Humberto Dalla Pinho (2017, p. 149), por volta dos anos 90, houve interesse pelo assunto, por influência da legislação argentina⁶, editada em 1995, tendo sido objeto de projeto de lei na Câmara dos Deputados⁷, aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal⁸. Em 2011, iniciaram-se as primeiras atividades reflexivas sobre o texto do novo Código de Processo Civil e, em janeiro de 2015, foi disponibilizado o texto definitivo.

A mediação e demais formas consensuais passam a ser consideradas normas fundamentais, em respaldo à Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que já regulamentava esse ideal. A partir de então, passa a ser meta do Estado praticar atos e adotar posturas para promover a possibilidade de resolução dos conflitos de forma consensual e, dessa forma, garantir efetivo acesso à justiça. Como afirmam Jobim e Macedo (2017, p. 98), o artigo 3º do Código de Processo Civil "densifica um pouco mais o atual direito de acesso do art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal".

Nesse toar, os métodos consensuais de resolução de conflitos passam a ser tratados de maneira privilegiada, já que o novo diploma processual prevê, em seu art. 3º, §2º, de forma principiológica que: "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos" e, no §3º, que: "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". (BRASIL, Lei n.

⁶ Ley 24.573, substituída pela Ley 26.589/10.

⁷ Projeto de Lei n. 4287/98 de autoria da Deputada Zulaiê Cobra.

⁸ PLC 94, de 2002.

13.105, de 16 de março de 2015, 2016).

Assim, o Código de Processo Civil foi estruturado no sentido de estimular a autocomposição e introduziu a mediação como método diferenciado, que trabalha o conflito de maneira mais profunda, com ênfase nas necessidades, interesses e sentimentos dos envolvidos, a fim de restabelecer laços eventualmente rompidos, os empoderando em busca do efetivo acesso à justiça.

Em junho de 2015, entra em vigor, no ordenamento jurídico brasileiro, a "Lei de Mediação", de n. 13.140/2015, que regulamenta procedimentos, princípios, requisitos para ser mediador judicial e extrajudicial e definições, o que foi fundamental para a consolidação do instituto.

Antes disso, como já observado, a mediação vinha sendo trabalhada no cenário jurídico brasileiro como política pública, através da edição da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Depreende-se que, até esse momento, a prática da conciliação judicial nos tribunais era realizada sem exigência de uma capacitação específica, com único objetivo de obtenção de um acordo para por fim ao processo. A partir da Resolução n. 125/2010 do CNJ, com a introdução da mediação, passa-se a atribuir também à conciliação, características mais diferenciadas e técnicas, a fim de proporcionar ao instituto o destaque que a nova hermenêutica do princípio do acesso à justiça requer.

Essa necessidade adveio do que Capeletti e Garth (1988) chamaram de terceira onda de acesso à justiça, onde se passa a questionar a efetividade desse acesso, que deve ser interpretado não mais como acesso ao Estado, mas à ordem jurídica justa e evidenciou-se os métodos autocompositivos e a participação dos envolvidos no resultado, o que culminou com a publicação da Resolução n. 125/2010.

Bacellar (2012, p. 55) defende o "acesso à ordem jurídica justa", o que, no contexto do Estado, seria a ideia de acesso à justiça, numa perspectiva de direito do cidadão à resolução adequada dos conflitos. Dessa forma, à conciliação também foi exigido um tratamento diferenciado, de modo que tanto a conciliação como a mediação judicial tiveram seus procedimentos regulamentados e exigidos. Não mais se permite que o procedimento de conciliação seja conduzido sem que os cuidados procedimentais e técnicos sejam observados.

Na linha de tratamento adequado dos conflitos, o novo diploma processual diferenciou os institutos e chamou de conciliação, o procedimento no qual o facilitador participa das negociações de forma ativa, por se tratarem de questões objetivas, em detrimento da mediação, onde o facilitador apenas estimulará os envolvidos a pensarem na melhor solução para o caso

concreto, pois trabalhará o conflito num contexto mais profundo, a fim de validar sentimentos e identificar interesses subjacentes.

Ocorre que essa distinção conceitual, na prática, tem gerado dúvidas e questionamentos sobre o uso específico dos termos "conciliação" ou "mediação", para delinear determinada conduta ou matéria. Muitas vezes, conciliações são chamadas de mediações e vice-versa. É como entende Barbosa (2015, p. 16):

Algumas experiências começam a ser objeto de um projeto do Judiciário, porém não houve ainda, a oportunidade de se extrair uma amostragem da eficácia dessa prática, que ainda não tem a clareza de distinção conceitual entre mediação e conciliação, cujo conteúdo demonstra o entendimento como meramente termos sinônimos.

Com base no exposto, percebe-se o quão tênue estão configurados, na prática, os aspectos que diferenciam os institutos. Deve-se ter o cuidado de dissociar o atual conceito de conciliação do antigo modelo focado no acordo, sem qualquer preocupação com as questões pessoais e interesses subjacentes envolvidos na amplitude do conflito, como outrora foi concebido. Mais do que isso é a atenção que se deve ter para que a mediação não seja desconfigurada para o antigo modelo de conciliação citado.

Oportuno citar que a conciliação era o método autocompositivo praticado em larga escala no Brasil, como mecanismo para obtenção de acordos e modalidade de extinção do processo com resolução do mérito. Também não havia nenhuma preocupação com qualquer tipo de planejamento, muito menos exigência de formação específica. (CALMON, 2015, p. 169).

Tartuce (2016, p. 255) evidencia a forte influência do movimento norte-americano sobre a experiência brasileira, quanto às técnicas inerentes à mediação comercial e ao desenho de sistemas de disputas que chegaram ao Brasil, que "vem habilmente delineando seus primeiros passos para a 'tropicalização' de conceitos, princípios e proposições da teoria estrangeira".

Da mesma forma entende Barbosa (2015, p. 17) quando se refere ao assunto:

[...] a busca do modelo brasileiro tem fortes influências provenientes do modelo norte-americano, que privilegia a negociação, recebendo o conceito de resolução de conflitos, e aquelas provenientes do modelo europeu, que conceitua a mediação como instrumento de transformação do conflito, o que faz muita diferença.

Essa celeuma conceitual deve-se ao fato de que em algumas culturas a mediação sempre teve, em sua essência, características voltadas a comportamentos adequados para a humanização das relações. Inclusive, o seu conceito "como princípio foi reconhecido, pela

primeira vez, na comunidade europeia, consolidando o conceito de mediação como um princípio ético, um comportamento humano, quando assim definiu a mediação". (BARBOSA, 2015, p. 36).

É na França que a mediação se configura como método promotor da transformação do conflito e é conceituada numa perspectiva interdisciplinar, que a diferencia do modelo de busca pelo acordo. Nas palavras de Barbosa (2015, p. 16):

O estágio atual da mediação familiar na França tem enfoque de cultura de paz, e não a mera pacificação dos conflitos, cujo mecanismo fica adstrito à conciliação. Esse conceito de mediação não representa mais o modelo francês, pois já se consagrou como modelo europeu da mediação, posto que é o ideal fundante do movimento da Associação pela Promoção da Mediação (APPM), legitimada e reconhecida pela comunidade europeia.

De forma contrária, nos Estados Unidos, a mediação atingiu o seu ápice como mecanismo para desafogar o Judiciário, que estava assoberbado de demandas, em virtude da ampliação e aprimoramento de meios protetivos de direitos, para atender, sobretudo, as relações jurídicas de consumo.

Dessa forma, ao fazer um paralelo com o que se observa no Brasil, destaca Barbosa (2015, p. 35) que: "a mediação é compreendida muito mais próxima à conciliação, de acordo com as características culturais norte-americanas, em contraponto com a realidade brasileira que tem na conciliação uma tradição como instituto jurídico e nos usos e costumes."

Depreende-se que, o que era considerado um modelo de mediação nos Estados Unidos, passou a ser convalidado como conciliação no Brasil, face as características culturais aqui já existentes em relação a essa nomenclatura, aliado à influência norte-americana, quanto as suas peculiaridades, conforme ressaltado.

Assim, a conciliação no Brasil, que já era evidenciada pela Consolidação das Leis Trabalhistas⁹ e pela Lei Complementar n. 75/93 do Ministério Público da União¹⁰, também passa a ser referendada pela Lei n. 9.099/95¹¹, que trata dos juizados especiais cíveis e que também, naquele momento, serviu como desafogador do Judiciário, que deveria ter suas

⁹ Art. 764, CLT. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

¹⁰ Art. 83, LC 75/93-MPU. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: IX - promover ou participar da instrução e conciliação em dissídios decorrentes da paralisação de serviços de qualquer natureza, oficiando obrigatoriamente nos processos, manifestando sua concordância ou discordância, em eventuais acordos firmados antes da homologação, resguardado o direito de recorrer em caso de violação à lei e à Constituição Federal.

¹¹ Art. 1º, Lei n. 9099/95. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

demandas resolvidas de forma célere, e não houve preocupação com a técnica e formação do conciliador. É, justamente, esse modelo de conciliação que se pretende remodelar com o atual conceito de acesso à justiça.

Ressalte-se que o novo Código de Processo Civil, ao regulamentar os métodos autocompositivos em comento, o fez de forma diferenciada, sobretudo quanto à atuação do conciliador e do mediador. Quanto ao perfil de qualificação profissional de ambos, exigiu a capacitação mínima por curso realizado por entidade credenciada que os habilite a se inscrever em cadastro nacional e no Tribunal em que o facilitador pretende atuar. (TARTUCE, 2016, p. 51).

Contudo, observa-se que a Lei de Mediação traçou alguns requisitos¹² para formação do mediador judicial, tais como: ser pessoa capaz; graduação há pelo menos dois anos em curso de ensino superior; capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ou pelos Tribunais; além de outros requisitos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (BRASIL, art. 11 da Lei n. 13.140/2015).

Ou seja, o novo CPC enfatizou que o facilitador judicial, seja ele conciliador ou mediador, precisa ter capacitação através dos próprios Tribunais de Justiça ou por entidade devidamente credenciada, além do cadastro. Por sua vez, a Lei n. 13.140/2015 definiu como requisito para ser mediador judicial, além da capacitação, graduação em nível superior, por no mínimo dois anos, diferenciando-o do conciliador judicial.

Estabeleceu-se, portanto, que, no contexto jurídico brasileiro, o mediador pode atuar como conciliador, mas nem sempre o conciliador pode ser mediador, quando não preencher os requisitos legais para esta função. No entanto, a parte teórica do curso de capacitação, para um ou para outro, é a mesma.

Tanto é assim, que a Resolução n. 125/2010 do CNJ, em seu anexo I, definiu o conteúdo programático que deve integrar o primeiro módulo do curso básico de conciliador ou mediador judicial, o qual delineia todo o panorama da conciliação e mediação, princípios, técnicas utilizadas e fases procedimentais, a fim de estabelecer um parâmetro a ser seguido a nível nacional.

O que vai diferenciar os institutos e a certificação na respectiva função de conciliador

¹² Art. 11, Lei n. 13.140/2015. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

ou mediador, é o preenchimento dos requisitos legais para ser um ou outro. Desse modo, pela Resolução em comento, cabe a cada Tribunal de Justiça definir suas regras para o segundo módulo do curso, que consiste em estágio supervisionado específico em conciliação ou mediação. E é justamente quanto a esse ponto que a confusão conceitual se faz evidente.

Há autores que não concordam em diferenciar os referidos métodos, uma vez que diante de tantas similitudes, tratar como uma ou outra e definir se é um conciliador ou um mediador quem deve conduzir o procedimento, vai depender da amplitude das questões a serem trabalhadas. É nesse sentido que Leonard Riskin desenvolve um gráfico com o objetivo de questionar se há pertinência em evidenciar essas divergências.

Para Riskin (1996, p. 12), "the confusion is especially pernicious because many people do not recognize it; they describe one form of mediation and ignore other forms, or they claim that such forms do not truly constitute mediation"¹³.

A importância dessa análise reside no fato de que somente no caso concreto, o facilitador será capaz, através de suas habilidades cognitivas e utilização das técnicas adequadas, de perceber se deve trabalhar o conflito de forma mais ou menos ampla. Em sendo assim, não há sentido a certificação diferenciada como conciliador ou mediador judicial.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a eficiência de um mediador consiste em sua capacidade de analisar e avaliar situações singulares, de forma a planejar suas intervenções, já que "os conflitos não vêm em pacotes arrumados, com suas causas e componentes rotulados para que o interventor saiba como responder criativamente a eles. As causas estão, em geral, obscuras e encobertas pela dinâmica das interações entre as partes". (MOORE, 1998, p. 61)

Ademais, é preciso que haja um estímulo cada vez maior para que o facilitador trabalhe de forma mais cuidadosa o contexto fático e pessoal dos envolvidos em um conflito, o que, certamente, depende das especificidades do caso concreto. Assim, a análise do Gráfico de Riskin é útil para essa compreensão.

1.2.3 O Gráfico de Riskin e a desmistificação das divergências

Como se vê, a análise conceitual da conciliação e da mediação demonstra vários aspectos de similitude entre os institutos, mas a doutrina e a legislação brasileiras traçam as peculiaridades que as diferenciam, sobretudo quanto ao papel do facilitador judicial, seja

¹³ A confusão é especialmente perniciosa porque muitas pessoas não a reconhecem; elas descrevem uma forma de mediação e ignoram outras formas, ou afirmam que essas formas não constituem verdadeiramente a mediação. (tradução livre).

conciliador ou mediador, bem como as características e contexto fático do conflito a ser trabalhado.

Nessa análise conceitual, destaca-se o pesquisador americano, Leonard Riskin, que partiu de uma percepção própria, quando foi convidado para palestrar sobre "como participar de uma mediação". Seu questionamento é baseado no pressuposto de que não era razoável conceber como pessoas poderiam, ou mesmo deveriam, participar de uma mediação sem conhecer a natureza do processo que o mediador deveria conduzir. Salienta, ainda, que várias atividades cabem no conceito geral e amplo de mediação. (RISKIN, 2002, p. 13).

Esse autor também traz à tona o fato da maioria dos doutrinadores, bem como mediadores, advogados e demais interessados no assunto, terem uma imagem ambígua do que é ou deveria ser a mediação. E o grande impasse que surge é determinar "como, ou mesmo se, deve-se tomar parte em uma mediação e, quando ela é acolhida, como selecionar, treinar, avaliar os mediadores, bem como regulamentar o seu processo". (RISKIN, 2002, p. 13).

Muito se discute quanto à postura do facilitador. Conforme já evidenciado, pela nova legislação processual cível, o conciliador pode assumir uma conduta mais ativa, participando da negociação e sugerindo, eventualmente, soluções para o conflito; enquanto que ao mediador foi reservada uma postura totalmente facilitadora, de forma a estimular, com o uso de técnicas específicas, o restabelecimento da comunicação e a construção do acordo somente pelas partes envolvidas.

Ocorre que nem o próprio Código Processual em comento, nem mesmo a Lei de mediação estabeleceram de forma taxativa que o procedimento deve ser um ou outro em determinado contexto, de forma que deve haver um espaço de atuação discricionária do facilitador, a depender do caso em concreto.

Leonard Riskin (2002, p. 16) defende que:

O cerne dessas questões emergem das posições conflitantes - muitas das vezes desarticuladas - sobre a natureza e as metas da mediação. Quase todos concordariam que a mediação é um processo no qual um terceiro imparcial ajuda as partes a resolverem a disputa ou a planejar uma transação. Entretanto, na realidade, suas metas e métodos variam tanto, que essa generalização nos leva a ter uma ideia enganosa sobre o tema. Isso não se deve somente à diferenciação das práticas em razão do tipo de disputa ou transação envolvidos, pois, mesmo dentro de um campo particular, pode ser encontrada uma grande variedade de práticas.

Esse posicionamento nos remete à análise feita por Vasconcelos (2008, p. 79) sobre a conciliação, quando se refere a esta como uma espécie do gênero mediação. Aduz, ainda que "o modelo de mediação, focado no acordo, denominado conciliação, é fruto de uma tradição

do direito, que ficou agregada ao sistema oficial de administração da justiça, com seus procedimentos específicos, que o fazem distinto de outros modelos de mediação."

Nessa linha, é possível afirmar a existência de três modelos básicos de mediação: o modelo tradicional-linear (Harvard), o modelo transformativo (Bush e Folger) e o modelo circular-narrativo (Sara Cobb). Conforme os ensinamentos de Zaparolli e Krähenbühl (2016, p. 428-429):

As técnicas utilizadas na Escola de Harvard aplicam-se mais frequentemente nas relações descontinuadas, tais como comerciais, de negócios e nos conflitos decorrentes de situações acidentais, a exemplo de uma batida de carro. Esse modelo de mediação tem por objetivo diminuir as diferenças entre as partes e, se possível eliminá-las, já que está centrado no acordo. [...] Já o modelo transformativo trabalha fundamentalmente para promover o potencial de mudanças nas pessoas, nos grupos, no mundo, o desenvolvimento de suas habilidades, suas responsabilidades e o reconhecimento de si e do outro como parte do conflito, não importando se chegam ou não ao acordo. [...] No modelo circular-narrativo proposto por Sara Cobb, traz o reconhecimento de que os conflitos têm uma dimensão linguística, segundo a percepção das relações vividas e reconstruídas linguisticamente numa narrativa pessoal.

Segundo as autoras, somente o caso concreto evidenciará o modelo ou modelos mais adequados a serem aplicados, já que podem ser utilizados de forma eficaz em diferentes situações, sem que um seja melhor do que o outro.

De igual forma, Lanz et al. (2008, p. 10) evidenciam diferenças qualitativas entre os modelos de mediação e valorizam a flexibilidade do mediador ao direcionar a condução do procedimento: "Mediation is not simply an art that stands or falls with the personality of the mediator. To the contrary, there are significant qualitative differences between various models, which operate according to different concepts and emphasise different goals and techniques"¹⁴.

Isso quer dizer que, a depender da situação fática a ser trabalhada e do grau de animosidade entre os envolvidos, o mediador deverá decidir a melhor forma de atuar naquele determinado conflito. Muitas vezes, algo que se apresenta como aparentemente simples de resolver, requer um aprofundamento advindo das questões surgidas durante a sessão. Da mesma forma, situações que se apresentam como de maior complexidade podem se encaminhar para formas mais restritas de resolução.

Para explicar essa pertinência terminológica, Leonard Riskin apresenta um gráfico, através do qual procura descrever mediações a partir de duas características representadas, individualmente, por dois eixos cartesianos. No primeiro, há que ser avaliada a amplitude do problema a ser resolvido, o qual varia de questões simples para mais complexas, a depender

¹⁴ A mediação não é simplesmente uma arte que se mantém ou cai a depender da personalidade do mediador. Ao contrário, há diferenças qualitativas significativas entre vários modelos, que operam de acordo com diferentes conceitos e enfatizam diferentes objetivos e técnicas. (tradução livre).

dos interesses e sentimentos envolvidos. Já o segundo eixo, perpendicular ao primeiro, refere-se à atuação do mediador. A depender das questões a serem trabalhadas, o mediador analisará as técnicas e estratégias de atuação para que o resultado seja satisfatório para as partes. (RISKIN, 2002, p. 22-23).

Dessa forma, a habilidade do mediador consistirá em migrar entre os quadrantes formados pelos eixos perpendiculares e transitar de um contexto simples para um mais complexo, a depender da amplitude do problema a ser trabalhado em cada caso concreto. Essa análise conduzirá a postura de atuação do mediador, que utilizará mais ou menos estratégias e técnicas e será mais participativo ou não nas negociações. O comportamento do mediador estará voltado para os interesses e necessidades identificados a partir do discurso das partes.

É nesse contexto que Riskin (2002, p. 29) distingue o mediador avaliador e o facilitador, nos seguintes termos:

O mediador avaliador considera que as partes querem e precisam de orientação para chegarem a uma situação propícia ao acordo - baseada no direito e nas práticas industriais e tecnológicas, sendo essa orientação decorrente de seus excelentes treinamentos, experiência e objetividade.

O mediador facilitador considera que as partes são inteligentes, aptas a trabalharem entre si, e capazes de entender suas situações melhor que o mediador e, talvez, melhor que os advogados. [...] Portanto, a mediação facilitadora considera, como sua principal missão, a de esclarecer e otimizar a comunicação entre as partes no sentido de ajudá-las a decidir o que fazer.

Por essa análise trazida por Leonard Riskin, depreende-se que o que ele classifica de mediação avaliadora é o que o ordenamento jurídico pátrio denomina de conciliação. Verifica-se, na prática, que para que determinado caso seja encaminhado para uma ou outra forma de resolução de conflito, é necessário compreender as peculiaridades que circundam as questões envolvidas.

Riskin (2002, p. 55) demonstra interesse em "facilitar um pensamento claro sobre os processos que são comumente chamados de mediação". Trata-se de uma preocupação relevante, uma vez que na prática tem-se confundido o conceito de conciliação e mediação, de maneira que melhor seria analisá-los sob uma perspectiva de amplitude, afinal, a forma de atuação do facilitador pode ser alterada, a depender do caso concreto.

É também como pensa Vasconcelos (2008, p. 79), ao afirmar que "ainda a propósito do nome conciliação, trata-se de uma opção vocabular que designa a natureza do procedimento pelo nome do resultado pretendido".

Essa análise deve ser valorada, na medida em que o facilitador, seja ele chamado de conciliador ou mediador, deve ser altamente capacitado e habilidoso para perceber a melhor

forma de atuação no caso concreto, que resulte na plena satisfação dos envolvidos numa situação de controvérsia. O que se deve rechaçar é o antigo modelo de conciliação, onde não havia qualquer preocupação com a humanização das relações.

No entanto, essa forma de pensamento e especialmente o "Gráfico de Riskin" recebem consideráveis críticas de estudiosos, a exemplo do que Kovach e Love (2002, p. 103) argumentam:

Desde a sua introdução, o Gráfico tendeu a legitimar as atividades avaliadoras como parte do mundo da mediação. Orientadores e professores discutem e exploram os aspectos avaliadores da mediação e alguns dirigem seus esforços para melhorar o processo avaliativo. Um mecanismo de estima pessoal foi desenvolvido para ajudar os mediadores a determinar qual o seu tipo de orientação de acordo com o Gráfico. Sujeitos neutros que efetuam basicamente um papel avaliador no caso sentem-se bem em chamar a si próprios de "mediadores". Essa tendência não pode continuar.

Essa confusão de nomenclaturas pode ser percebida no contexto prático atual, conforme expõe Barbosa (2015, p. 55), quando afirma que diversos profissionais de carreira jurídica tem se qualificado como mediadores, com a finalidade de buscar acordos e desafogar o Judiciário. Explica que "há um equívoco delicado a ser esclarecido, pois o conteúdo dessa atividade, que nomeiam de mediação, normalmente sob a influência do modelo norte-americano, na verdade, é conciliação".

Ocorre que, como pontua Grinover (2016, p. 171), essa distinção entre conciliação e mediação nasceu da doutrina e da prática tipicamente brasileiras. Como exemplo, acentua que "nos Estados Unidos da América, a conciliação como técnica de solução de conflitos, vem absorvida pela mediação. Em outros países, como a França e Itália, o termo conciliação é utilizado mais amplamente, englobando a mediação".

A partir dessas considerações, nota-se que se trata de um tecnicismo desnecessário, obviamente proveniente de uma cultura brasileira de chamar tratativas consensuais de conciliação e que, ao importar o modelo norte-americano de resolução de conflitos, chamado de mediação, notadamente mais cuidadoso em relação às técnicas utilizadas e capacitação dos profissionais facilitadores, convencionou-se manter as duas nomenclaturas para procedimentos que tendem a se confundir na prática, dadas as similitudes analisadas.

Diante dessas evidentes distorções, convém refletir se, na prática, essa possibilidade de transitar por procedimentos facilitadores e avaliadores não seria mais produtivo. Até porque, "funcionalistas renegam a importância da nomenclatura de um processo, desde que ele funcione". (KOVACH E LOVE, 2002, p. 103).

O próprio Leonard Riskin, alguns anos depois, revisa o gráfico, redefinindo os termos "avaliador" e "facilitador" para "orientador" e "provocador", e compara uma mediação a uma

viagem, que pode ser comum, satisfatória ou transformadora, e, ainda, as três coisas ao mesmo tempo. Ressalta a importância da conexão entre todos os envolvidos no procedimento e conclui que "o resultado depende, em parte, das intenções, da consciência e da flexibilidade de todos os participantes". (RISKIN, 2007, p. 121 e 169).

Tartuce (2016, p. 241) também ressalta que um dos mais importantes predicados da mediação é a flexibilidade. O mediador deve desenvolver a sensibilidade de atuar de forma diversificada entre as possíveis técnicas a serem utilizadas, para a realização de uma mediação proveitosa. E, nessa atuação, é fundamental a sintonia e a participação de todos para o êxito do resultado.

Nesses termos, a atual distinção entre conciliação e mediação, com a previsão de requisitos específicos para formação de conciliador e mediador judiciais, confunde os institutos, da forma como estão conceituados, uma vez que somente a partir da identificação das questões, interesses e sentimentos envolvidos no caso concreto, é possível analisar a forma de atuação mais produtiva para a satisfação das partes.

Oportuno questionar se é possível direcionar determinada demanda para um conciliador ou mediador, já que possuem requisitos diferenciados para formação, se somente no caso concreto, após a oportunidade que é dada às partes para expressarem os seus interesses e sentimentos, é que será possível avaliar a amplitude do conflito e a melhor estratégia de atuação do facilitador.

Em tese, se um conciliador, que não preenche os requisitos para ser mediador, estiver conduzindo uma sessão que, aparentemente, deva ser trabalhada através da conciliação e as questões e interesses se apresentarem de forma mais ampla do que o previsto, não terá formação e permissão legal para prosseguir na sessão e conduzi-la como mediação? Ou será conduzida como tal e pouco importará a formação do facilitador e o nome que foi dado a ela?

É certo que, por esse motivo, muitas conciliações são conduzidas como mediação e vice-versa, de maneira que não há razão de estabelecer critérios diferenciadores para ser conciliador ou mediador judicial. Respalhando esse entendimento, vislumbra-se que o anexo I, da Resolução n. 125/2010, prevê o mesmo conteúdo programático para ambas formações, que se diferenciarão apenas durante o estágio supervisionado.

Tanto é assim, que Lagrasta (2016, p. 243) reconhece a possibilidade de considerar a existência de uma figura híbrida de mediador/conciliador, já que na prática o mediador pode oferecer alguma sugestão quanto à solução do conflito. Aduz, ainda, a impossibilidade de definir a conciliação e a mediação rigorosamente, uma vez que utilizam praticamente as mesmas técnicas e os seus conceitos se inter-relacionam.

Nesse aspecto, o gráfico de Riskin contribui para a percepção de que o facilitador deve ser pessoa capacitada para atuar da forma mais ampla e facilitadora/provocadora possível, para que possa desenvolver a habilidade de atuar de forma avaliadora/orientadora, sempre que o caso concreto e os interesses das partes assim exigirem e vice-versa.

Para a continuidade do presente estudo, utilizar-se-á a nomenclatura da mediação, em sua forma mais ampla, no sentido de método eficaz para provocar mudanças no comportamento dos indivíduos, com vista à transformação do conflito.

Diante dessa nova realidade que se impõe, ultrapassados os aspectos conceituais, pertence analisar se o operador do direito está preparado para assumir essa nova função social e quais os desafios a serem superados.

1.3 PERSPECTIVAS METODOLÓGICAS DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: O OPERADOR DO DIREITO E AS BARREIRAS A SEREM ULTRAPASSADAS

A preocupação em desenvolver estudos sobre os modelos não contenciosos de resolução de conflitos não faz parte da tradição do ensino jurídico brasileiro. Isso se evidencia pelo fato de ainda não estarem inseridos na grade curricular de muitos cursos de Direito, o que, de fato, contribui para a permanência de uma cultura litigante ainda em vigor.

Falar sobre os métodos consensuais, especialmente da mediação, abrange aspectos que vão além do campo jurídico, já que se trata de uma disciplina multidisciplinar. Contudo, é no ensino jurídico que o conflito passa a ser amplamente trabalhado, e o operador do Direito é direcionado a resolvê-lo com base nos fatos e na lei, como forma de promoção de justiça.

Nesse contexto, imperioso analisar os desafios atuais a serem enfrentados pelos acadêmicos de Direito e em que circunstâncias a metodologia de ensino pode contribuir para a formação de uma sociedade mais justa, em detrimento da atual cultura demandista.

Tartuce (2013, p. 126-128) afirma que "a formação das faculdades de Direito ainda prioriza o tratamento contencioso dos conflitos e no mercado de trabalho prevalecem critérios de cobrança a partir de referências litigiosas". A autora defende que cabe ao operador do Direito a relevante função de auxiliar a solucionar problemas, o que requer a diversificação das formas de melhor atender os clientes, não só quanto às demandas jurídicas, mas também quanto às existenciais.

Bacellar (2016, p. 12), ao fazer referência aos estudos de Kim Economides, um dos pesquisadores que participou do projeto de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando desenvolveram as três ondas de acesso à justiça, suscitou a possibilidade de uma quarta onda,

voltada para "o acesso aos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) à Justiça".

Esse autor continua sua explanação evidenciando a necessidade de mudança de mentalidade dos operadores de direito, sobretudo quanto à compreensão sobre o que se entende por justiça e por ética profissional. Afinal, deve haver uma autocrítica e uma análise sobre acreditar na justiça que oferecem.

O fato é que grande parte dos advogados, e demais profissionais da área jurídica, ainda rejeitam os métodos consensuais, seja por desconhecimento, seja por sentirem-se ameaçados por uma perda financeira, mas, sobretudo, por uma visão competitiva de que para um ganhar, o outro precisa perder, já que toda formação acadêmica é voltada para o estudo da lei e a melhor forma de aplicá-la.

Como prevê Barbosa (2015, p. 41): "É preciso que a comunidade jurídica desperte para a importância desse conhecimento para que haja o aprimoramento da prestação jurisdicional do Estado, outorgando a dignidade das profissões jurídicas".

Até porque, a própria Ordem dos Advogados do Brasil tem como finalidade defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas. (BRASIL, Lei n. 8906/94, art. 44, I).

Calmon (2015, p. 219) evidencia essa preocupação quando dispõe que o advogado pode atuar como gestor do conflito, como procurador ou como terceiro imparcial. Como gestor, atua na orientação do seu cliente sobre o método mais conveniente para resolver o conflito; como procurador atua como negociador e consultor de seu cliente; e como terceiro imparcial, atua como conciliador ou mediador, com intuito de facilitar a autocomposição.

Como aduz Freitas Jr. (2016, p. 200):

Embora talvez não pareça, possivelmente muitos dos que procuram um advogado não estão em busca de mais conflito; seguramente muitos dos que o encontram estão abertos ao aconselhamento e à ponderação quanto à existência de alternativas ao Judiciário.

É preciso que o profissional jurídico esteja apto a oferecer aos clientes vários caminhos para o tratamento do conflito e cabe a análise conjunta sobre aquele que trará resultados mais satisfatórios para os interesses demonstrados.

Dessa forma, mister se faz que haja uma mudança de paradigma na conduta não só na advocacia, que deve educar o seu cliente para uma abordagem consensual do conflito,

demonstrando as vantagens de ganhos, quando assim o caso concreto evidenciar, mas em toda comunidade jurídica, que também precisa superar esse desafio inicial e estimular os diálogos construtivos.

Azevedo (2013, p. 9) bem pontua que:

Assim, as perspectivas metodológicas da administração da Justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do Direito como um pacificador - mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que essa escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos.

Ao operador do Direito reserva-se no presente momento uma nova conduta, voltada para a preocupação com a litigiosidade remanescente, ou seja, aquela que persiste entre os envolvidos no conflito, após o término do processo heterocompositivo. A ideia é que se possa trabalhar o conflito numa amplitude capaz de abarcar todas as suas possíveis ramificações.

Diante dessa nova realidade que se apresenta, faz-se necessário enfrentar os desafios que se impõe ao Ensino Jurídico, de maneira a evidenciar a importância de haver disciplina obrigatória que trate da temática, de forma mais profunda e categórica. Afinal, a formação adequada torna-se imperiosa para o fomento dessa forma de justiça.

1.3.1 A importância da introdução de disciplina autocompositiva na grade curricular do ensino jurídico: uma nova visão do operador do Direito

Pertine salientar que todo o contexto pedagógico do ensino jurídico deve estar voltado para que a formação de profissionais desconstrua a cultura demandista que se impõe em nossa sociedade. Como aduz Tartuce (2016, p. 92):

O primeiro ponto é trabalhar sobre a mudança de mentalidade, promovendo alterações na formação jurídica do estudante de Direito, na conduta do operador do Direito militante, na atuação do administrador da justiça e mesmo nas expectativas das partes, atribuindo-lhe consciência sobre as diversas possibilidades de tratamento de seus conflitos. [...]

O ensino jurídico brasileiro por muito tempo não se preocupou em ensejar oportunidades de profundos estudos sobre meios diferenciados de compor conflitos. Tal assertiva é comprovada pela análise curricular de muitos cursos de Direito: por tradição, não contava o estudioso do Direito em tempos passados com a disponibilização de conhecimentos detalhados sobre técnicas variadas e multifacetadas de encaminhamento das controvérsias, o que por certo colaborou para a manutenção do paradigma da prestação jurisdicional estatal como preferível e preferida, apesar de todas as suas dificuldades e limitações.

Corroborando com esse entendimento Barbosa (2015, p. 60-61), quando afirma que "Os

passos para inserir a mediação num programa amplo de implantação devem ser enquadrados nos moldes acadêmicos, com obrigatoriedade da disciplina no curso de Direito [...]".

Pesquisas apontam que, de uma maneira geral, os cursos de graduação em Direito, sejam provenientes de instituições públicas ou privadas, não privilegiam disciplinas relacionadas à essa temática, o que dificulta a consolidação de uma política pública já iniciada pelos Tribunais. "Sem conhecimento sobre a matéria, sem disciplinas relacionadas a meios não contenciosos de solução de conflitos estarão sendo levados ao mercado de trabalho profissionais despreparados e desconectados com o atual momento". (GAIO JÚNIOR e RIBEIRO, 2010, p. 22)

Evidencia-se que o operador do Direito tem se mantido atrelado ao exercício da jurisdição contenciosa e estimulado a submissão das partes à atuação do Estado, como forma de promoção de justiça. Essa constatação é fruto de um ensino jurídico formal e dogmático, que precisa ser revisto para atender aos anseios de uma nova sociedade, fundada em valores sociais e fraternos, a partir de diálogos construtivos. E como afirmam os autores citados, faz-se necessária a inclusão de disciplina específica para que haja mudança desse paradigma.

A Resolução 9/2004¹⁵ do Ministério da Educação do Brasil (MEC) estabelece bases curriculares para o ensino jurídico. Nesses termos, conclui-se que no curso jurídico há obrigatoriedade de estágio supervisionado para que o aluno forme a sua base prática, tão necessária para a sua atuação profissional.

Todavia, observa-se que nos Núcleos de Prática Jurídica de diversas instituições de ensino superior privilegia-se a confecção de petições e acompanhamento em processos litigiosos como suficientes para o desenvolvimento das habilidades necessárias. Os alunos precisam ser estimulados, desde a formação acadêmica, a desenvolver habilidades cognitivas e de consciência social, para poder orientar ao cidadão, que procura atendimento nos núcleos de prática jurídica, que, nem sempre, acionar o Judiciário é a melhor forma de se alcançar a justiça.

Estimular as práticas pré-processuais, através da conciliação e mediação, inclusive

¹⁵ Art. 7º, Res. 9/2004-MEC. O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização. § 1º. O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio da IES, para avaliação pertinente.

através de convênios entre as universidades e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos dos Tribunais de Justiça, é uma alternativa de grande valia para educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos de forma dialogada. É o que acredita Santos (2016, p. 55-59) quando prevê como salutar a possibilidade de interação entre universidade e sociedade.

Vezulla (2013, p. 86) defende que o ensino da mediação, bem como sua cultura, devem ser estendidos a todas as universidades e afirma com muita propriedade: "Não somente para que os advogados tenham essa opção, mas também para entender que há especificidade de questões que indicam a mediação e não o julgamento como o procedimento mais adequado."

Tartuce (2016, p. 96) constata que a situação já começou a mudar, uma vez que no Ministério da Educação, através da Secretaria de Educação Superior, vem sendo propagada a orientação de adoção de meios extrajudiciais como objeto de estudo e desenvolvimento nos referidos núcleos de prática jurídica. Aduz, ainda, já haver um avanço em muitos cursos jurídicos que já disciplinam a matéria, no entanto, ainda o fazem de maneira tímida, já que estabelecem um curto tempo em sua grade curricular e dificulta a desconstrução do tratamento contencioso dos conflitos.

Segundo Gil (2009, p. 34), a Lei de Diretrizes e Bases da Educação "confere autonomia às Instituições de Ensino Superior para fixar os currículos de seus cursos, desde que observadas as Diretrizes Curriculares gerais", o que demonstra que as instituições gozam de ampla liberdade para compor a carga horária a ser cumprida.

A Portaria n. 2864, de 24 de agosto de 2005¹⁶, evidencia uma preocupação com o controle sobre o cumprimento das recomendações do Ministério da Educação.

Por todo o exposto, dada a relevância do assunto, conclui-se pela necessidade de tornar obrigatória a implantação de disciplina exclusiva para se trabalhar formas dialogadas e consensuais de resolução de controvérsias nas universidades, sobretudo na formação do acadêmico de Direito, já que trata do conflito por essência.

1.3.2 Os novos desafios do ensino jurídico: a metodologia a favor da construção de uma sociedade mais justa

A evolução da sociedade, sobretudo com a alteração hermenêutica do conceito de acesso à justiça, que, como já visto, trouxe os métodos consensuais de resolução de conflitos

¹⁶ art.1º, Portaria n. 2864/05-MEC. As instituições de educação superior deverão tornar públicas e manter atualizadas, em página eletrônica própria, as condições de oferta dos cursos por ela ministrados.

para o ápice do alcance da efetiva justiça, faz com que a metodologia de aprendizagem do ensino jurídico precise ser revista para sua adequação a uma nova realidade que se impõe.

No campo da metodologia do ensino, Gil (2009, p. 23) aponta que:

As instituições pedagógicas são antes de mais nada instituições sociais. Cada sociedade é levada a construir o sistema pedagógico mais conveniente às suas necessidades materiais, às suas concepções do homem e à vontade de preservá-las. Ou, talvez, o sistema mais conveniente à reprodução das relações de poder que se manifestam em seu seio. [...]

Como instituições sociais que são, as instituições educacionais refletem as características do sistema social que as inclui. Mas em seu interior manifestam-se naturalmente as contradições inerentes a esse mesmo sistema social. Daí por que ações originadas do interior das instituições pedagógicas podem gerar mudanças significativas no sistema social.

Em que pese o contexto multidisciplinar que se evidencia, é no âmbito do ensino jurídico que os métodos consensuais devem ser amplamente difundidos, para que influenciem e contribuam com o rompimento do paradigma de uma sociedade demandista. Como se vê, as instituições educacionais refletem as características do sistema social e, dessa forma, no processo ensino-aprendizagem, o papel social do professor torna-se cada vez mais importante. Lowman (1984, p. 187) pontua que as técnicas utilizadas pelo professor universitário, aliada a suas habilidades comunicacionais, fazem com que o aluno apreenda com mais eficácia os seus ensinamentos.

Um aspecto relevante que deve ser levado em consideração refere-se à ênfase colocada no ensino ou na aprendizagem, como importante indicador do modelo de atuação do professor. Gil (2009, p. 28) explica que há professores que privilegiam o ato de ensinar, ou seja, fornecem informação e acreditam que é o bastante para o aluno aprender.

Esse modelo é rechaçado por Paulo Freire (2002, p. 48), por entender ser instrumento de dominação, na medida em que desenvolve uma ação apassivadora, ao que denomina de "concepção bancária" e compara com um estado de "imersão" da consciência oprimida.

Quando a ênfase é direcionada à aprendizagem, Gil (2009, p. 29) explica que há uma preocupação com uma "educação para mudança". Aduz ainda que "é nos alunos que estão centradas as atividades educacionais; em suas aptidões, expectativas, interesses, oportunidades, possibilidades e condições de aprender". Há uma preocupação maior com as estratégias mais adequadas para facilitar o aprendizado dos alunos.

Alguns fatores devem ser levados em consideração quando da análise do estudante de Direito, a exemplo da forte influência dogmática e positivista que contribui para a manutenção de uma sociedade acostumada a recorrer a um terceiro para resolver qualquer

tipo de conflito. O operador do Direito é treinado para o litígio, de sorte que não basta a obrigatoriedade da disciplina que versa sobre os métodos consensuais, mas, sobretudo, uma reformulação no aspecto pedagógico quanto à metodologia de ensino.

Gil (2008, p. 86) cita como estratégia moderna de ensino as simulações:

As simulações tendem a ser bem aceitas pelos alunos, pois, de modo geral, trazem certo grau de satisfação aos participantes. E, por terem sido incorporadas ao ensino superior há relativamente pouco tempo, são reconhecidas como estratégias modernas.

Quanto aos métodos de ensino apontados por Lowman (1984, p. 199), destaca-se a "aprendizagem cooperativa", que dentre suas técnicas se sobressaem "os grupos de base cooperativa". Por essa técnica, estudantes são agrupados para encontros regulares, a fim de discutirem qualquer coisa que possa afetar o aprendizado do aluno, "com o objetivo de assegurar que cada aluno seja parte de uma pequena rede de apoio, do tipo que os estudantes e outros sob estresse criam, muitas vezes, informalmente para se ajudarem uns aos outros".

Tratam-se de técnicas de ensino muito utilizadas nos programas de formação de conciliadores e mediadores judiciais e que podem contribuir sobremaneira para que o aluno, durante sua formação acadêmica, possa se identificar com a prática autocompositiva e desenvolvê-la durante a sua vida profissional.

Nesses programas, o cursista participa de várias simulações durante a primeira fase do curso e, durante todo o estágio supervisionado, integra grupos de autossupervisão. Sua regulamentação encontra-se formatada no anexo I, da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça¹⁷.

Corroborando com esse entendimento, os núcleos de prática jurídica das universidades, conforme disciplinado na Resolução 9/2004 do MEC, podem firmar convênios e desenvolver o atendimento à população, de forma pré-processual, através de métodos consensuais, e extraprocessual. Caberá ao professor da disciplina específica estimular as habilidades de cada aluno e desempenhar sua função social de adequar o ensino jurídico a uma nova forma de justiça.

Assim, evidencia-se o papel social do professor que, conforme preceitua Gil (2009, p. 20), "precisa dispor de conhecimentos e habilidades pedagógicas, que podem ser obtidos e

¹⁷ Nesse módulo, o aluno aplicará o aprendizado teórico em casos reais, acompanhado por 1 (um) membro da equipe docente (supervisor), desempenhando, necessariamente, 3 (três) funções: a) observador, b) co-conciliador ou co-mediador, e c) conciliador ou mediador. Ao final de cada sessão, apresentará relatório do trabalho realizado, nele lançando suas impressões e comentários relativos à utilização das técnicas aprendidas e aplicadas.

aperfeiçoados mediante leituras e cursos específicos". Tratam-se de conhecimentos e habilidades que o autor define como requisitos técnicos e envolvem: "estrutura e funcionamento do ensino superior, planejamento de ensino, psicologia da aprendizagem, métodos de ensino e técnicas de avaliação".

O comportamento que se espera do professor do ensino jurídico, é de alguém capaz de estimular o desenvolvimento cognitivo nos alunos, para que futuros operadores do Direito atuem como agentes facilitadores da comunicação e promovam a percepção de que os conflitos fazem parte da natureza humana, mas podem ser superados de forma positiva, através de diálogos construtivos.

Salienta Calmon (2015, p. 154) que "a formação do advogado, igualmente, é essencial, que necessita de treinamento técnico específico para atuar como negociador de seu cliente, em defesa de seus interesses". Ressalta que a tradição, no Brasil, é que os cursos de Direito preparem seus alunos para o conflito e não para o consenso, ao tempo em que reconhece que essa realidade vem se alterando, uma vez que algumas faculdades já estão inserindo, em seus currículos, o tema da mediação e da conciliação.

Eis a necessária e revolucionária transformação a ser efetivada na cultura jurídica contemporânea, através da percepção de que atitudes cooperativas geram ganhos múltiplos.

É com base nessa concepção que a teoria dos jogos pode ser utilizada como fundamento teórico que objetiva demonstrar de que forma as pessoas envolvidas no conflito podem ser estimuladas a maximizar seus próprios ganhos, através da mediação.

1.4 O EQUILÍBRIO DE NASH NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A MAXIMIZAÇÃO DE GANHOS COM BASE NA TEORIA DOS JOGOS

O estudo da teoria dos Jogos tem como fundamento analisar situações de conflito, nas quais os envolvidos baseiam suas decisões conforme a utilidade que se pretende atingir. Para tanto, deverá escolher a melhor estratégia, a partir do que se espera daqueles que estão inseridos no mesmo contexto, de maneira a encontrar um equilíbrio que seja a melhor opção para se obter ganhos¹⁸.

Por essa teoria, parte-se do pressuposto de que cada jogador age com o intuito de maximizar seu próprio resultado e, com esse objetivo, deve planejar sua conduta, de forma racional, baseado nas possibilidades de ações dos demais envolvidos. Assim, torna-se

¹⁸ <http://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/1138>.

necessário conhecer os motivos das outras partes, já que todos devem agir racionalmente e com o propósito de satisfazer seus próprios interesses.

Sua relevância é reconhecida, já que pode ser aplicada a situações do cotidiano, onde se precisa adequar o comportamento individual à previsibilidade das condutas das pessoas com as quais se interage, de maneira a agir com base nos resultados pretendidos.

A teoria dos jogos traz uma visão interdisciplinar do estudo do comportamento humano e fornece as bases teóricas necessárias para que se entenda a interação entre os agentes envolvidos em um contexto de disputa. O objeto de sua análise pode ser compreendido através da matemática, economia, além de outras ciências sociais e comportamentais.

Aborda dois aspectos que merecem relevância: o cooperativo e o competitivo. Assim, essa teoria pode ser vista como ferramenta de análise de condutas a serem observadas em situações conflitantes e entre agentes racionais. Comportamentos competitivos são alvos de objetivos pessoais; comportamentos cooperativos ensejam ganhos mútuos.

É nessa perspectiva que se busca analisar a mediação com base na teoria em comento, uma vez que esse método de solução de conflitos se destaca dos demais pela valorização dos interesses e sentimentos dos indivíduos inseridos num ambiente de controvérsia. A mediação visa, portanto, fomentar a satisfação de ambas as partes, e valorizar a manutenção de relações, o que somente pode ser evidenciado através de atitudes cooperativas.

Dessa forma, a teoria dos jogos e sua vinculação ao conflito propõe a reflexão de como e em que situações a mediação será a solução que mais se aproxima à plena satisfação das partes. Nesse sentido, o equilíbrio de Nash, elemento que revolucionou essa teoria, objetiva a adoção de estratégias de comportamento eficazes para maximização de ganhos, que é a meta a ser alcançada por todos os envolvidos numa disputa.

1.4.1 Teoria dos jogos: desafios e perspectivas

A teoria dos jogos faz parte de um dos ramos da matemática aplicada e da economia, que tem como objeto de estudo a análise de situações estratégicas em que os envolvidos baseiam a sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com a qual interage. (AZEVEDO, 2013, p. 53).

A definição trazida por Tavares (2012, p. 10 e 11), aduz que:

É a análise quantitativa de qualquer situação que envolva pelo menos duas partes em conflito, com o objetivo de indicar as estratégias ótimas para cada uma delas e alcançar os melhores resultados possíveis [...] A Teoria dos Jogos pressupõe que os jogadores estabeleçam um *programa de jogo* que lhes possibilite alcançar resultados ótimos sem deixar de levar em conta que os concorrentes também tentariam estabelecer planos similares.

Na visão de Marinho (2011, p. 41):

A Teoria dos Jogos é um método matemático para abordar formalmente os processos de tomada de decisão por agentes que reconhecem sua interação mútua do tipo: "penso que você pensa o que eu penso sobre você mesmo". Ou seja, sempre que minha decisão é baseada no que eu acho que você vai fazer, em função do que você entende que eu mesmo vou decidir, a Teoria dos Jogos entra em ação.

Essa teoria, conforme Almeida (2003, p. 183), tem como objeto a análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses, de maneira a descobrir as melhores opções, diante de condições específicas, para que se alcance o objetivo desejado por um jogador racional.

Preocupa-se com contextos onde exista a presença de mais de um interessado em maximizar seu próprio ganho, por isso tão aplicável em cenários nos quais o conflito precisa ser administrado.

Salienta Oliveira Filho (2011, p. 251) que "o uso de experimentos por modelos de jogos para formalizar situações de conflito, visa detectar os aspectos mais importantes de cada circunstância, e que influenciam as deliberações, bem como o comportamento dos agentes".

Historicamente, afirma Almeida (2003, p. 177), o estudo da teoria dos jogos remonta ao século XVII, mas é somente no século XX, mais precisamente após a Primeira Guerra Mundial, que há o seu desenvolvimento, quando alguns matemáticos elevaram os jogos a objeto de estudos científicos.

Destaca-se no estudo da teoria dos jogos, o matemático francês, Émile Borel, que partiu de observações feitas a partir do jogo de pôquer e evidenciou a questão do blefe, ao constatar que o jogador precisa basear a sua jogada, conforme expectativa de jogada, dentro de determinadas possibilidades, do seu adversário. Tavares (2012, p. 6) ressalta que foi ele quem primeiro definiu a expressão "jogos de estratégia" e publicou alguns textos sobre jogos de dois participantes com três ou cinco estratégias.

Assim, ainda conforme desenvolve Azevedo (2013, p. 53-54), essa ideia mostra-se essencial para análise da teoria dos jogos, ao citar que: "um jogador (ou parte) baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada do seu adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias das possibilidades de jogo do oponente". Seria uma argumentação *ad infinitum*. O

objetivo de Borel foi determinar a existência e a possibilidade de encontrar uma estratégia ótima que levaria à vitória do jogador.

No processo evolutivo da teoria em análise, também merece destaque o matemático John Von Neumann, que através de sua obra direcionada à economia preocupou-se em afirmá-la como uma ciência exata.

Ressalta Almeida (2003, p. 177) que esse matemático publicou trabalhos desde 1929 sobre a teoria dos jogos, mas foi em 1944 que se consagrou com sua obra maior, “Theory of Games and Economic Behavior”, a qual foi escrita em conjunto com Oskar Morgenstern. Nessa obra, problemas típicos do comportamento econômico puderam ser analisados como jogos de estratégia.

Neumann desenvolveu diversos conceitos básicos, tais como o de minimax/maximin e de jogos de soma zero, todos baseados e voltados para a competição. É o que Abrantes (2004, p. 56 e 73) explica:

Escolhe-se a estratégia do "maximin" (maximização do ganho mínimo) oposta pela estratégia do "minimax" (minimização do ganho máximo) pela qual se deverá posicionar o adversário. O resultado de cada combinação de estratégias, por dois jogadores ou empresas é chamado ganho).

[...]

O dilema do prisioneiro é um jogo, de soma nula. Neste jogo, existe uma espécie de vasos comunicantes entre as ações dos jogadores, onde o ganho de um, depende do prejuízo de outro(s). Em geral, a solução escolhida como solução ótima, é associada a tomada de ações, porque nenhum dos jogadores pode ser recompensado por um desvio qualquer do curso das ações, pelo risco que tal comportamento não favoreça os outros adversários.

Pela estratégia do "maximin", uma decisão ou ação ofensiva asseguraria a maximização do ganho mínimo de quem tem a iniciativa do jogo; por outro lado, pelo teorema do "minimax", segundo Abrantes (2004), há minimização do ganho máximo, que deverá ser perseguido pelo adversário.

Por sua vez, jogos de soma zero, nos termos do que dispõe Almeida (2003, p. 178), são aqueles em que há dois jogadores com interesses antagônicos e nos quais, o ganho de um jogador pressupõe a derrota do outro.

O "Dilema do Prisioneiro", como acima citado, é um exemplo clássico de jogo de soma zero, criado por matemáticos da universidade de Princeton. Ilustra situação que pode ser decidida pela cooperação ou competição, conforme será exposto no tópico seguinte.

Tavares (2012, p. 48) explica que jogos de soma zero:

São jogos de situações extremas nas quais para um jogador ganhar o outro tem que necessariamente perder, ou então as partes terminam o jogo sem saldo algum. Apresentam características de competição e cooperação que dificultam bastante a busca de uma solução que seja aplicável a todos os casos. Neste jogo uma solução direta é passível de ser encontrada por meio de estratégias, que buscam o mínimo do máximo das valias.

Com base nesses conceitos, observa-se que a ideia de competição era essencial para garantir a maximização de ganhos individuais.

Contudo, foi o matemático John Forbes Nash, aluno de Neumann, na Universidade de Princeton, que, na década de 1950, revolucionou o conceito da teoria dos jogos, ao introduzir o elemento "cooperação" e o conceito de "equilíbrio" aos estudos até então existentes.

1.4.2 Competição X Cooperação: fundamentos estratégicos para maximização de ganhos a partir da mediação de conflitos

Segundo dispõe Almeida (2003, p. 177), John von Neumann foi considerado o pai da teoria dos jogos, por ter sido o primeiro a aprofundar os estudos sobre a referida teoria, além de ter fornecido o arcabouço teórico para a sua construção. Como dito, foi responsável pela afirmação da economia como ciência exata, nos seguintes termos:

Essa noção econômica foi introduzida na teoria de John von Neumann, na medida em que toda a sua teoria é voltada a jogos de soma zero, i.é, aqueles nos quais um dos competidores, para ganhar, deve levar necessariamente o adversário à derrota. Não obstante John von Neumann, para fundamentar que todos os jogos de várias pessoas podem ser reduzidos a jogos de duas pessoas, ter considerado o papel da comunicação entre os envolvidos (para produzir coalizões e garantir que cada jogo possa ser transformado em jogos de duas pessoas), sua teoria é totalmente não-cooperativa.

Observa-se que a ideia de competição era a base estratégica para o comportamento humano. Assim, com o matemático John Forbes Nash, rompe-se com o paradigma da economia, trazendo a ideia de cooperação como possibilidade de maximizar ganhos individuais.

Depreende-se da análise de Tavares (2012, p. 12) que:

John Nash mostrou que, mesmo sob o prisma das hipóteses da teoria neoclássica, a interação entre indivíduos pode possibilitar o alcance de seus objetivos individuais, ou seja, o alcance de um resultado estável, em que nenhum dos jogadores teria incentivo para se desviar dele.

Dessa forma, enquanto Neumann evidenciava a ideia de competição, John Nash inovou com o elemento cooperativo na teoria dos jogos, que, para ele, não seria incompatível com o pensamento de ganho individual.

Convém trazer à baila a explicação trazida por Azevedo (2013, p. 55) sobre o já citado "Dilema do Prisioneiro" para que se possa ilustrar e entender quando é mais vantajoso cooperar ou competir:

O dilema consiste na situação hipotética de dois homens, suspeitos de terem violado conjuntamente a lei, são interrogados simultaneamente (e em salas diferentes) pela polícia. A polícia não tem evidências para que ambos sejam condenados pela autoria do crime, e planeja recomendar a sentença de um ano de prisão a ambos, se eles não aceitarem o acordo. De outro lado, oferece a cada um dos suspeitos um acordo: se ele testemunhar contra o outro suspeito, ficará livre da prisão, enquanto o outro deverá cumprir a pena de três anos. Ainda há uma terceira opção: se os dois aceitarem o acordo e testemunharem contra o companheiro, serão sentenciados a dois anos de prisão.

Está-se diante de um dilema, e como tal não há uma resposta certa. Salienta o mesmo autor que caso o jogo fosse disputado entre dois jogadores racionais, a cooperação de ambos, rejeitando o acordo, seria a solução que os livraria de riscos, já que ambos seriam apenados com um ano de prisão. Todavia, por ser um jogo de uma única rodada, e, ainda, por não ser dado aos envolvidos a oportunidade de conversar, a solução mais esperada é a não cooperação, o que resultaria na pena de dois anos para ambos.

Esse famoso exemplo utilizado pela teoria dos jogos tem como objetivo, na visão de Tavares (2012, p. 12): "mostrar que mesmo indivíduos que estejam fazendo o que é melhor para si podem, ainda assim, chegar a um resultado que não é o melhor para ambos, coletivamente".

Importante notar que, quando se trata de jogo com várias rodadas e com a possibilidade dos indivíduos conversarem sobre a melhor estratégia a ser utilizada, é a cooperação com o outro participante, conforme John Nash preconiza, a melhor estratégia para maximizar ganhos individuais. Nota-se que a comunicação, nesse caso, é a ferramenta necessária para que haja uma combinação sobre a melhor estratégia de ganho mútuo.

Como ensina Morton Deutsch (2004, p. 38), uma situação cooperativa ocorre quando um participante do processo, ligado de forma positiva a outro, comporta-se de maneira a aumentar suas chances de alcançar o objetivo, aumentando com isso também a chance de que o outro faça.

É nesse diapasão que a teoria dos jogos será utilizada como instrumento de análise para que se entenda porque e quando optar pela mediação trará melhores resultados individuais aos envolvidos em um conflito.

Como enfatizam María Alba Aiello de Almeida e Mario de Almeida (2012, p. 07), “por medio de una mediación se alcanzan acuerdos donde hay un ganar-ganar, donde los litigantes encuentran soluciones que nunca habían imaginado y que en el futuro les deparará una vida más en paz”¹⁹.

Conforme os ensinamentos de Warat (2004, p. 62), a mediação tem como escopo intervir basicamente no aspecto emocional, a fim de transformar a relação conflituosa em algo saudável, a partir da compreensão do conflito e do olhar ao outro. Para tanto, deve-se compreender os desejos e sentimentos envolvidos, para que seja possível perceber o conflito como algo positivo e estimular o aumento de cooperação entre as partes.

Como se vê, privilegia-se a participação dos envolvidos, que são os verdadeiros protagonistas da sessão. O mediador, atuará como facilitador do diálogo entre as partes, que tem como um de seus objetivos o restabelecimento da comunicação entre os indivíduos, ao serem estimulados a refletir sobre os seus reais interesses.

Logo, a mediação, ao privilegiar a comunicação, proporciona um aprendizado que auxilia na formação do indivíduo, como cidadão responsável por seus atos e consequências correlatas, ressalta a responsabilidade de cada um, a adequação das próprias escolhas, a valorização a si e ao próximo, a cooperação e a tolerância.

Busca-se demonstrar, através dos conceitos acima expostos, que o referido mecanismo enfatiza a comunicação cooperativa e a questão da confiança para a solução satisfatória dos conflitos.

Ademais, enseja uma maior efetividade, já que a solução do conflito dá-se por meio do consenso promovido pela mediação, ao invés da imposição, implementada pela sentença. Como destacado em outra oportunidade, o maior índice de efetividade é alcançado pelo “avençado ante o sentenciado, tendo em vista que a parte assume um maior compromisso, em termos psicológicos, quando da solução por esta ajustada em relação à imposta pelo ente estatal, até porque esta resvala, em regra, em descontentamento”. (LUCIANA ABOIM SILVA, 2004, p. 53).

Oliveira Filho (2011, p. 230) reitera esse entendimento quando diz que: “A Teoria dos Jogos tenta elucidar a influência da comunicação sobre o comportamento humano”.

O enfoque da mediação são os casos provenientes de relações continuadas, como as familiares, empresariais, trabalhistas ou de vizinhança, as quais proporcionam a oportunidade de manutenção ou restabelecimento de vínculos, e os interesses e sentimentos podem ser

¹⁹ por meio de uma mediação se alcançam acordos onde existe um ganhar-ganhar, onde os litigantes encontram soluções que nunca haviam imaginado e que o futuro lhes deparará uma vida mais em paz. (tradução livre).

melhor trabalhados, através do estímulo ao diálogo construtivo. É nesse sentido a disposição contida no art. 165, §3º do Código de Processo Civil brasileiro em vigor²⁰.

A metáfora que se faz entre a teoria dos jogos e a mediação evidencia o fato de que o resultado de um conflito não depende exclusivamente da atuação de um dos jogadores, mas é resultado da interação das estratégias e táticas utilizadas no decorrer da sessão de mediação. O comportamento dos envolvidos é fator de forte influência no resultado a ser buscado.

É de se notar que quando as partes assumem condutas competitivas durante uma sessão de mediação, trocando insultos ou posicionando-se em pontos específicos da demanda, o fazem por ausência de informação ou falta de amadurecimento racional para lidar com os interesses reais e sentimentos envolvidos no conflito.

Assim, pontua Luciana Aboim Silva (2013, p. 163):

Isso porque o procedimento de mediação, que enfatiza a cooperação ao invés do confronto, é pautado na identificação das reais motivações das partes, de sorte a transparecer os sentimentos e interesses subjacentes ao conflito, possibilitando os dissidentes chegarem a um acordo em uma dimensão ampla da problemática, sem palpites de terceiro, através do restabelecimento da comunicação e da transformação do conflito.

Dessa forma, evidente a importância da comunicação para que as partes entendam as reais motivações umas das outras e possibilite a construção da solução que melhor atenda aos interesses e sentimentos evidenciados e promovam, conseqüentemente, a transformação do conflito.

A mediação, por ser recomendada em contextos de relações continuadas, assim como a análise de resultados baseados na teoria dos jogos, propicia a formulação de condutas estratégicas, baseadas na expectativa de comportamentos dos demais envolvidos.

E o meio para modelar esse jogo são as informações disponíveis, trabalhadas através de uma comunicação produtiva, devidamente estimulada pelo mediador, que tem como função primordial fazer com que as partes percebam que cooperar aumentará as possibilidades de ganhos individuais e, conseqüentemente, de benefícios mútuos.

Ressalte-se que o pensamento direcionado ao ganho individual não deve ser tido como ausência de ética na conduta, mas sim, conforme ressalta Azevedo (2013, p. 62), como um

²⁰ Art. 165, §3º, CPC. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

aspecto de racionalidade, voltado à otimização de resultados, que deverá ser evidenciado e estimulado pelo mediador durante toda a sessão.

1.4.3 O equilíbrio de Nash na mediação de conflitos

John Forbes Nash Junior formulou a noção de equilíbrio que recebeu seu nome e revolucionou a economia e outras ciências, o que o levou a conquistar o prêmio Nobel de economia, com a tese “Non-Cooperative Games” (Jogos Não-Cooperativos), publicada em 1951.

No processo evolutivo da teoria dos jogos, John Nash, a aperfeiçoou e abordou de maneira inovadora a interação entre indivíduos racionais envolvidos numa disputa. Verificou ser possível agregar ganhos aos resultados através da cooperação.

Pode-se conceituar o princípio de equilíbrio, consoante dispõe Azevedo (2013, p. 56), como uma combinação de estratégias que os jogadores devem escolher, de maneira que nenhum jogador faria melhor se escolhesse uma outra alternativa, dada a estratégia que o outro escolhe. Ou seja, "a estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros".

De maneira similar, Marinho (2011, p. 216) assim dispõe:

A Teoria dos Jogos é um modelo racional de modelagem dos processos de tomada de decisão, aplicável principalmente em situações em que a decisão de um agente econômico influencia a decisão do outro - ou, em outras palavras, situações em que "eu penso que você pensa". Modelado o problema, é possível identificar a decisão que apresenta o melhor resultado econômico, conhecido como "equilíbrio de Nash": "a melhor decisão possível, levando-se em conta a decisão do outro.

Conforme pontua Werlang (1994, p. 8): "[...] dadas as possibilidades dos outros, nenhum indivíduo encontra uma que lhe dê satisfação maior do que aquela que lhe foi indicada, diz-se que esta lista de alternativas é um equilíbrio de Nash."

O equilíbrio de Nash é obtido quando os comportamentos dos envolvidos numa situação de disputa se estabilizam em resultados, em virtude dos quais não há incentivo para se arrepender ao analisar posteriormente a situação, considerando a conduta da outra parte.

Conforme preconiza Rosa (2014, p. 40):

Em jogo com jogadores racionais e maximizadores de interesse, a ação de cada um dos jogadores será a melhor em face da combinação de estratégias, inexistindo estímulos para mudanças. É possível identificar o Equilíbrio de Nash verificando qual a melhor resposta do jogador diante da estratégia do oponente, em jogos finitos, visualizando os possíveis resultados - *payoffs*.

Preleciona Fiani (2006, p. 93) que "uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores".

Oliveira Filho (2011, p. 250) bem observa que:

De fato, Nash logrou demonstrar a existência de ponto de equilíbrio para regular qualquer tipo de situação finita: cooperativa ou não cooperativa; soma zero ou variante; dois ou mais agentes. Todo o seu esforço era voltado para tornar mais úteis e práticas as ideias lançadas em *Theory of Games and Economic Behavior* (1947), por Von Neumann e Morgenstern. Ainda que as estratégias puras não mostrassem um ponto de equilíbrio, sempre se poderia encontrá-lo por meio de mistura das linhas de ação.

Nessa esteira de entendimento, necessário diferenciar situações onde existe uma relação de continuidade, daquelas que são pontuais, mais restritas e que podem ser resolvidas em uma única "jogada". Nestas, o equilíbrio de Nash consiste em negociações mais direcionadas, dadas as possibilidades de condutas da outra parte, cujo contato se encerra ali.

Pode-se afirmar que, especialmente, em relações continuadas, o equilíbrio de Nash consiste em cooperar. Observa-se, contudo, que essa atitude cooperativa é estimulada como forma de otimização do próprio ganho individual e tem como consequência a geração de ganhos mútuos.

Explica Tavares (2012, p. 19) que:

[...] em um jogo devem estar especificadas as ações que podem ser empreendidas pelos jogadores. Uma ação de um jogador é a manifestação de sua vontade em termos reais, ou seja, é uma atitude, tal como cooperar ou não com o seu oponente, fazer acordos ou "guerrear", reagir ou se acomodar diante de uma ameaça entre outras alternativas. Em relação a acordos e cooperação, a teoria dos jogos pode ser classificada como jogos cooperativos, aqueles em que os acordos são permitidos, e jogos não-cooperativos, nos quais os acordos não são possíveis.

Assim, a mediação enquadra-se na definição de jogos cooperativos e se destaca como método mais adequado de resolução de conflitos em situações onde há relação de continuidade entre os envolvidos. Ocorre que, na maioria dos conflitos, as partes se posicionam como adversárias, onde vencer a disputa torna-se objetivo primordial dos envolvidos.

Essa concepção se encontra enraizada no comportamento humano, tendo em vista que, desde a infância, os indivíduos sempre foram estimulados a competir. Seja nas brincadeiras de criança, jogos em geral, gincanas, ou em outras atividades, necessariamente, há um ganhador

e um perdedor. São poucas exceções de jogos que estimulam a cooperação, a exemplo do frescobol.

Assim, a função do mediador assume relevância, uma vez que seu papel consiste em auxiliar os envolvidos em um conflito a perceberem qual a melhor estratégia a ser seguida e, assim, atingir o equilíbrio de Nash. Em outras palavras, o mediador deve ter a habilidade de fazer com que os envolvidos percebam que maximizarão seus ganhos individuais, quando agirem de forma cooperativa.

Nesse linha, também é o pensamento de Almeida (2003, p. 179):

A ideia de cooperação não é totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, já que, para Nash, a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Não é uma ideia ingênua, pois, ao invés de introduzir somente o elemento cooperativo, traz dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo. Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham.

O que se depreende é que a cooperação, em situações de conflito que envolvem relações continuadas, onde se recomenda a mediação, torna-se a melhor estratégia racional. Haverá a maximização de ganhos individuais e, conseqüentemente, benefícios mútuos.

Cabe lembrar, com Fernanda Tartuce (2008, p. 220), que a mediação enquanto técnica de caráter consensual, é marcada pela “busca de contenção dos ânimos acirrados dos mediandos, de forma que passe a dominar nas conversações um clima de cooperação e comunicação eficiente”.

E é justamente nesse aspecto que a teoria dos jogos, através do equilíbrio de Nash, pode ser utilizada como fundamento teórico aplicado à mediação de conflitos, por suas variadas aplicações em situações que envolvem a análise do comportamento humano.

Por esse motivo, é fundamental um estudo mais aprofundado da comunicação, elemento necessário para que o mediador provoque mudanças positivas no comportamento dos envolvidos no conflito, de maneira a torná-los aptos a construir consensos legítimos, baseados na maximização de ganhos mútuos.

2 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: A CONSTRUÇÃO LEGÍTIMA DO CONSENSO E O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS A PARTIR DA COMUNICAÇÃO

Tartuce (2016, p. 220) ressalta como objetivo essencial na mediação, a possibilidade de que "as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse". Como finalidade da mediação, a autora traz a responsabilização dos protagonistas, como capazes de superar o impasse e transformar o conflito em oportunidade de melhoria, a partir de mudanças de atitude.

Vasconcelos (2008, p. 64) defende a necessidade de se desenvolver uma comunicação construtiva, em combate a uma comunicação dominadora que prevalece. Para tanto, parte de experiências e estudos sobre comunicação e negociação, de maneira a orientar uma pedagogia de serenidade nas políticas públicas de mediação e prevenção de violência.

A ideia é promover a prática de negociações eficazes, responsáveis pelo gerenciamento dos conflitos de modo sistêmico, que, segundo esse autor, avançará no sentido de substituir modelos verticais de liderança, por modelos horizontais, baseados em equipe.

Parkinson (2016, p. 192) afirma que "a essência da mediação é a comunicação". Reconhece a dificuldade, muitas vezes, de manter um diálogo coerente, já que emoções e acusações permeiam a linguagem utilizada. Ressalta a importância do mediador para reconhecer as falhas na comunicação e organizá-la de forma estruturada, com sensibilidade e empatia.

O trabalho desenvolvido por esse método baseia-se em ideais construtivos e uma comunicação não violenta, capazes de provocar o empoderamento da sociedade para o alcance de consensos legítimos. Nesses termos, a comunicação merece especial atenção como fundamento da mediação de conflitos.

2.1 A TRANSFORMAÇÃO DO CONFLITO ATRAVÉS DA COMUNICAÇÃO NÃO VIOLENTA: UMA META A SER ALCANÇADA PELA MEDIAÇÃO

Numa análise de percepção positiva do conflito, Lederach (2012, p. 21) começou a utilizar a expressão "transformação de conflitos" nos anos 80 e suas ideias baseavam-se na importância de se construir relacionamentos e estruturas sociais com foco no respeito aos direitos humanos e à vida. Buscou examinar o conflito sob uma abordagem transformativa, nos seguintes termos:

A Transformação de Conflitos é mais do que um conjunto de técnicas específicas; é um modo de olhar e ao mesmo tempo enxergar, tanto para olhar como para enxergar precisa de lentes. Portanto, a transformação de conflitos sugere um conjunto de lentes pelas quais conseguiremos enxergar o conflito social.

Dessa forma, o conflito pode ser trabalhado de forma mais restrita, ao tratar questões pontuais apenas, ou de forma ampla, quando interesses subjacentes, sentimentos e todo o aspecto sociológico será estimulado. É o que Lederach (2012, p. 15) denomina de "resolução" e "transformação" do conflito, respectivamente.

Para Lederach (2015, p. 16-17), o termo "resolução" significa uma tentativa de se livrar do conflito, sem a preocupação com os aspectos relevantes que merecem ser trabalhados, a partir de reações construtivas entre os envolvidos, para que haja mudanças também construtivas. Assim, o conflito pode ser visto como um "motor de mudanças", através do qual constrói-se "relacionamentos e comunidades saudáveis, tanto local como globalmente".

Corroborando com esse entendimento Tartuce (2016, p. 17), quando esclarece que:

Muito se fala em solução (ou resolução) do conflito. Em realidade, porém, nem sempre é possível que ele seja resolvido (no sentido de ser extinto) por um ato isolado; muitas vezes o impasse tem fases e só é efetivamente superado após uma série de experiências vividas ao longo do tempo pelos envolvidos. Sobreleva aqui a já mencionada noção de "transformação do conflito".

Assim, transformar o conflito vai muito mais além do que apenas resolvê-lo. Quando se trabalha a comunicação através da mediação, oportuniza-se aos envolvidos uma mudança de atitude, através da percepção prospectiva do conflito, que é direcionado como oportunidade de melhoria e crescimento pessoal.

Ao possibilitar a autodeterminação das partes para o desfecho da controvérsia, a mediação, além de proporcionar uma maior satisfação e responsabilidade no cumprimento do combinado, transforma relacionamentos e promove a pacificação social. (LUCIANA ABOIM SILVA, 2011, p. 121).

Ainda segundo Lederach (2015, p. 32; 46), para que o conflito migre do seu estado destrutivo para o construtivo, é preciso que sejam estimuladas as capacidades de ver, compreender e reagir a todas as questões que envolvem o contexto relacional e de mudança em curso. O movimento transformativo foca os aspectos dinâmicos do conflito social, como uma oportunidade e incentivo a processos de mudança criativos.

Para Radulescu (2012, p. 280): " If the conflicts are resolved constructively they create a satisfactory outcome for all parties and improve the relationship between opposing parties

and the ability to resolve future conflicts in a constructive way²¹". Parte-se do pressuposto de que de trabalhar os conflitos de forma construtiva é essencial para que futuras controvérsias sejam, da mesma forma, melhor solucionadas.

Assim, a transformação do conflito está intimamente vinculada ao conceito de "comunicação não violenta", por promover uma oportunidade de abordagem mais ampla das questões que o envolvem, a partir de uma linguagem construtiva, na busca de soluções legítimas.

Ao utilizar-se da comunicação não violenta nas interações uns com os outros, colocamo-nos em nosso estado compassivo natural. Dessa forma, alcança-se uma abordagem que se aplica de maneira eficaz a todos os níveis de comunicação e a diversas situações, a exemplo dos relacionamentos íntimos, relações familiares, escolas, organizações e instituições, terapia e aconselhamento, negociações diplomáticas e comerciais, disputas e conflitos de toda natureza. (ROSENBERG, 2006, p. 27).

Esse modelo de comunicação contém alguns componentes fundamentais: "observar sem avaliar", "expressar como nos sentimos", o "reconhecer as necessidades que estão por trás de nossos sentimentos" e "perceber o que gostaríamos de pedir aos outros". Rosenberg (2003, p. 76) entende que a percepção de sentimentos é o primeiro passo para que se consiga conectar uns com os outros, através da identificação de emoções próprias. A comunicação não violenta permite a distinção entre a expressão de sentimentos verdadeiros, de palavras e afirmações descritivas de pensamentos, avaliações e interpretações.

A utilização de uma linguagem positiva, clara e de ações concretas, além da preocupação com o que o ouvinte está sentindo e pensando é o caminho a ser trilhado para uma comunicação não violenta, capaz de demonstrar empatia, sinceridade e cuidado com quem se interage. (ROSENBERG, 2003).

Como visto, a comunicação deve ser bem trabalhada para que aspectos positivos do conflito sejam extraídos e desenvolvidos. No decorrer do desenvolvimento humano, pode-se constatar que o conflito está inserido no contexto das relações interpessoais, de maneira que se torna necessário saber como melhor administrá-lo, a fim de que se possa colher experiências positivas, que implique desenvolvimento pessoal dos envolvidos. Dessa forma, há métodos diferenciados de tratamento de conflitos e o fator comunicacional torna-se relevante para as mais variadas situações.

²¹ Se os conflitos são resolvidos de forma construtiva, eles criam um resultado satisfatório para todas as partes e melhoram a relação entre as partes opostas e a capacidade de resolver futuros conflitos de uma forma construtiva. (tradução livre).

A mediação está inserida entre os métodos autocompositivos de tratamento de conflitos e, como tal, diferencia-se dos demais por enfatizar, de forma ampla, os interesses e necessidades dos envolvidos na controvérsia. Por conseguinte, a comunicação deve ser o foco principal a ser trabalhado pelo mediador, de maneira a atingir um nível de igualdade e reconhecimento recíproco que torne possível a construção da melhor solução.

Barbosa (2015, p. 38) preceitua que "Mediar é a ação de comunicar: informar e informar-se, explicar e explicar-se, compreender e compreender-se".

Para Parkinson (2016, p. 192): "A participação do mediador na mediação transforma o diálogo num "triálogo", no qual o mediador provoca respostas de ambos os participantes, organizando a comunicação entre eles de forma mais estruturada".

Cabe ao mediador a tarefa de ser facilitador do diálogo entre os envolvidos no conflito, através da criação de canais de comunicação, além de ser tradutor e transmissor de informações. É também responsável por permitir que as partes compreendam a si mesmas, e através de uma escuta produtiva, reconheçam, compreendam e estabeleçam hierarquia de seus interesses próprios e necessidades. Assim, será possível gerar opções que permitam chegar a um acordo justo, implementável e durável. (CALMON, 2013, p. 116).

Para que esse objetivo seja alcançado, é fundamental que a comunicação seja construída em bases sólidas, que proporcionem igualdade de condições entre os envolvidos no conflito, de maneira a preservar a legitimidade do consenso alcançado. Nesse aspecto, numa sociedade eminentemente litigante, o papel da mediação ganha relevo ao empoderar e educar as pessoas para que resolvam seus próprios conflitos; contudo, características essenciais ao contexto da comunicação devem ser observadas.

2.2 TEORIA DO AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS COMO FUNDAMENTO PARA O EMPODERAMENTO DOS ENVOLVIDOS NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A teoria do agir comunicativo, desenvolvida pelo filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, tem como objeto de pesquisa a realidade social. Fundamenta-se no conceito de ação, entendida como a capacidade que os sujeitos sociais possuem de interagirem entre si, buscando racionalmente objetivos que podem ser conhecidos pela observação do próprio agente da ação. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 9).

Trata-se de uma teoria da atividade comunicativa dos sujeitos humanos e de crítica da sociedade, fundamentada em bases linguísticas, onde há a elaboração de um conceito de

racionalidade comunicativa, como base e princípio norteador da teoria, e aborda a questão da dicotomia entre agir estratégico ou instrumental e agir comunicativo, evidenciando este último. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 12).

Propõe a contraposição entre o conceito de mundo da vida e os imperativos autônomos de subsistemas do mercado e poder político, adiante conceituados, no sentido de promover a reflexão sobre as formas de comunicação presentes numa sociedade pós-liberal. Para tanto, analisa o desenvolvimento de aspectos linguísticos, capazes de permitir relações sociais baseadas na verdade. Habermas (2016, vol. 1, p. 11) afirma que a teoria do agir comunicativo "deve possibilitar uma conceitualização do contexto social da vida que se revele adequada aos paradoxos da modernidade".

Para Habermas a racionalização do mundo da vida ocorre a partir de uma progressiva libertação do potencial de racionalidade contido na ação comunicativa e, dessa forma, a ação orientada para o entendimento mútuo ganha cada vez mais independência dos contextos normativos.

É nesse sentido que Habermas constrói sua teoria, a partir do conceito desenvolvido por Max Weber, de um "agir guiado por normas"²², seguindo pelo conceito de George Mead de "interação guiada por símbolos"²³, para edificar o seu conceito de "agir comunicativo", relacionando-o às teorias dos atos de fala²⁴, de J. Austin. (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 500).

A ideia básica de Habermas é a de que há um elemento indestrutível de racionalidade comunicativa na base da sociedade, que se reproduz pela linguagem, motivo pelo qual dedica parte de seus estudos à filosofia analítica desta, de modo a poder usá-la de forma compreensiva para a teoria social.

Habermas diz que um dos objetivos básicos da ação comunicativa é o entendimento entre os comunicantes, como resultado de diferentes opiniões e intenções. Nesse sentido, não basta o ouvinte compreender o que é falado, mas também acreditar, ou seja, orientar seu agir a partir de acordos firmados linguisticamente. Dessa forma, o entendimento deve ser

²² Conforme Habermas (2016, vol. 1, p. 266): "Weber recorre a um conceito de racionalidade complexo, ainda que amplamente inexplicado; por outro lado, ao fazer a análise da racionalização social tal como ela se impõe na modernidade, deixa-se conduzir pela ideia bastante restrita da racionalidade teleológica".

²³ De acordo com Mead (1969a, pp. 190 s, *apud* Habermas, 2016, vol.2, p. 30): "O ponto decisivo para a comunicação consiste no fato de que o símbolo é capaz de produzir num indivíduo a mesma coisa que produz em outro indivíduo. Ele tem de demonstrar a mesma universalidade para cada pessoa que se encontra na mesma situação".

²⁴ Por essa teoria, Austin distingue atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Com atos *locucionários* o falante expressa estado de coisas; diz algo. Com atos *ilocucionários* o falante executa uma ação ao dizer algo[...] com auxílio de um verbo performativo utilizado na primeira pessoa.[...] Com atos *perlocucionários*, enfim, o falante almeja desencadear um efeito no ouvinte. J.L. Austin. *How to do Things With Words*. Oxford, 1962; trad. al.: Stuttgart, 1972.

compreendido como um conceito normativo, por legitimar processos de ações comunicativas, o que ele chama de "expectativas comportamentais legítimas". (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 44).

Um fator determinante que deve ser levado em consideração é que um agir comunicativo que visa um consenso, apenas pode ser considerado legítimo se, durante o processo de comunicação, o falante procura convencer o ouvinte sem uso de coações externas, sob pena de ser considerado inválido.

Habermas evidencia a existência de regras pragmáticas de um uso da linguagem orientada por entendimento, que podem ser reconstruídas quando se pretende explicar o potencial de racionalidade comunicativa inserida nas pretensões de validade, as quais constituem a base racional da fala. São elas: pretensão de correção normativa, pretensão de verdade e pretensão de sinceridade. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 532).

Dessa forma, a interação comunicativa do falante reside em "realizar uma ação de fala correta tendo em vista o contexto normativo dado, a fim de que se estabeleça uma relação interpessoal entre ele e o ouvinte, enquanto relação reconhecida de modo legítimo", o que corresponde à pretensão de correção normativa. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 532).

A pretensão de verdade consiste em "fazer um enunciado verdadeiro (ou uma pressuposição acertada de existência), a fim de que o ouvinte assuma e partilhe o saber do falante" e por pretensão de sinceridade a "expressão de maneira veraz de opiniões, intenções [...]", de forma a causar a crença naquilo que é dito. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 532).

Assim, estabelece-se o entendimento através da linguagem, nos seguintes termos:

Exteriorizações ligadas a pretensões de correção normativa e pretensões de veracidade subjetiva, similarmente ao que se dá com outros atos que se vinculam à pretensão de verdade e eficiência proposicional, cumprem o pressuposto central de racionalidade: elas podem ser fundamentadas e criticadas. (HABERMAS, 2016, vol.1, p. 45).

Ressalte-se que uma ação comunicativa voltada para o entendimento deve sempre se basear por motivos racionais, além de que os comunicantes devem possuir autonomia para posicionarem-se com um "sim" ou "não" sobre a pauta em discussão. Afinal, aduz Habermas (2016, vol.1, p. 533) que "quem refuta uma oferta compreensível de ato de fala contesta no mínimo uma dessas três pretensões de validade".

Para Habermas (1996, p. 12), o objetivo de se conseguir um entendimento consiste em se chegar a um consenso que resulte na "mutualidade intersubjetiva de compreensão recíproca, no conhecimento partilhado, na confiança mútua e na concordância entre os ouvintes". Essa

concordância, por sua vez, é baseada no reconhecimento das pretensões de validade.

Habermas (2016, vol.1, p. 71) defende que tal sistema de pretensões de validade permite transformar a teoria do significado dos atos de fala, de J. Searle, em uma teoria do agir comunicativo na qual esse agir constitui um mecanismo de coordenação de ações. Esse caminho a ser trilhado leva a um conceito de comunicação, que possui uma estrita ligação com a teoria da verdade.

O conceito de verdade depende dos processos de negociação que passam pelos mecanismos de comunicação e a ideia de uma razão comunicativa advém de processos de argumentação entre interlocutores livres num dado contexto. Pode-se afirmar, por todo o exposto, que a autonomia das partes é o fator que as empodera para a obtenção da legitimidade do consenso.

Com a teoria do agir comunicativo, Habermas busca demonstrar a importância da autonomia dos envolvidos em contextos discursivos, através da intersubjetividade entre os indivíduos, desde que não haja pressão externa, o que denomina de "situação ideal de fala", onde o convencimento surge através de argumentos racionais e válidos sobre questões que estejam sendo debatidas, em ambiente que garanta a igualdade de forças entre os falantes. (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 90).

Tesser (2001, p. 125) evidencia que:

O postulado da igualdade comunicativa preconiza que todos os participantes de um discurso devem ter igual chance de usar atos de fala, devem ter a mesma chance de proceder às interpretações, asserções, recomendações, explicações, participações, expressões. A perspectiva da fala ideal está voltada para um entendimento, consenso que nos precede e está aí; ela antecipa o futuro de uma liberação cuja ideia reguladora é um ideal da comunicação sem limites e sem entraves.

Parte-se do pressuposto de que, por essas pretensões serem passíveis de críticas, há o reconhecimento intersubjetivo de cada uma delas de forma particular e, conseqüentemente, servem de fundamento a um consenso racionalmente motivado.

É como Habermas (1987, p. 27) explica:

When participants in communication utter or understand experiential sentences or normative sentences, they have to be able to relate to some- thing in a subjective world or in their common social world in a way similar to that in which they relate to something in the objective world with their constative speech acts. Only when these worlds have been constituted, or at least have begun to be differentiated, does language function as a mechanism of coordination²⁵.

²⁵ Quando os participantes da comunicação proferem ou compreendem sentenças experienciais ou sentenças normativas, eles têm que ser capazes de se relacionar com algo em um mundo subjetivo ou em seu mundo social comum de uma maneira similar àquela em que se relacionam com algo no mundo objetivo com seus atos de fala

Em resumo, pela teoria em comento, toda vez que há um conflito, é possível haver uma discussão, a qual deve acontecer em um contexto de situação ideal de fala, onde não haja interferências externas e a sinceridade seja alcançada, a partir da garantia das mesmas oportunidades para os falantes. Logo, se o consenso for atingido, pode ser considerado legítimo, já que construído através de uma motivação racional.

Com base nessa teoria, pretende-se estabelecer a sua íntima conexão com os preceitos defendidos pela mediação de conflitos, cujo objetivo maior é tornar a comunicação eficaz entre os envolvidos numa controvérsia, de maneira que sejam capazes, por si sós, de construir um consenso legítimo. E a função da linguagem, nesse ambiente comunicacional, ganha ênfase como mecanismo propulsor da busca sincera pelo entendimento.

Nesse contexto, a mediação, quando bem conduzida e em observância aos seus princípios norteadores, é considerada um campo de ação comunicativa, apto a promover situações ideais de fala, a partir de critérios imparciais de organização e liberdade dos indivíduos na ação e no discurso.

Através da existência de uma racionalidade comunicativa, Habermas prevê a possibilidade de ser construída uma ética discursiva, por meio da qual os pressupostos normativos do discurso podem ser analisados, a fim de ser alcançado um consenso racional e ético, capaz de determinar e validar as necessidades e interesses humanos.

Assim, de forma análoga, constata-se que um dos objetivos perseguidos pela mediação, através da comunicação, é a possibilidade de identificação de interesses convergentes que possam ser utilizados pelo mediador de forma prospectiva na condução da sessão, pelo discurso dos envolvidos.

Essa compreensão se coaduna com o pensamento de Habermas (2016, p. 105), quando afirma que:

Hoje em dia, em processos de entendimento tomamos como ponto de partida as suposições formais de traços comuns necessários a que possamos fazer referência a alguma coisa no mundo objetivo único, idêntico a todos os observadores, ou então a alguma coisa em nosso mundo social intersubjetivamente partilhado. As pretensões de verdade proposicional ou de correção normativa tornam atuais essas suposições de traços comuns a cada exteriorização em particular.

Trata-se de questão que pode ser abordada como uma pretensão de validade, capaz de gerar um reconhecimento recíproco de que houve uma relação pessoal construída como parte legítima de um mundo social, num contexto normativo.

Cardoso (2013, p. 59), ao trabalhar essa teoria, explica que o comportamento constantes. Somente quando esses mundos foram constituídos, ou pelo menos começaram a ser diferenciados, a linguagem funciona como um mecanismo de coordenação.

cooperativo entre os participantes estimula a tentativa de colocarem seus planos em sintonia uns com os outros, com o intuito de buscarem objetivos que derivem da definição da situação e da coordenação da ação. Com essa conduta, ambos assumem "papéis de falantes e ouvintes, regidos por uma busca sincera do entendimento".

Dessa forma, a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas pode ser utilizada para fundamentar e comprovar que o empoderamento dos indivíduos só será de fato obtido, se as pretensões de validade definidas por essa teoria forem realmente observadas, de maneira a possibilitar o alcance de situações ideais de fala, capazes de promover a construção de consensos legítimos e eficazes, através do entendimento.

Eis o verdadeiro sentido do empoderamento obtido através da mediação, capaz de promover a conscientização emancipatória da sociedade.

2.2.1 Agir Comunicativo x Agir Estratégico: A racionalidade comunicativa como instrumento de conscientização emancipatória da sociedade

Entre os complexos temáticos que dominam a obra de Habermas, há a fundamentação de um conceito de racionalidade comunicativa que serve de base e princípio norteador. Tal princípio abre perspectivas para a estruturação de uma teoria da atividade humana, fundada em uma dicotomia entre agir estratégico ou instrumental e agir comunicativo.

Ao fazer referência ao agir estratégico, Habermas (2016, vol. 1, p. 54) assim dispõe:

Em muitas situações, um ator tem boas razões para esconder suas vivências de outras pessoas, ou para enganar o parceiro da interação quanto a suas vivências "verdadeiras". Ele não externa aí nenhuma pretensão de veracidade, mas em todo caso a simula ao comportar-se estrategicamente. Exteriorizações desse tipo não podem ser criticadas objetivamente em virtude de sua falta de veracidade; mais que isso, é preciso julgá-las de acordo com o êxito que se almejava para elas. Exteriorizações expressivas só podem ser medidas de acordo com sua veracidade no contexto de uma comunicação que intenta chegar ao entendimento.

Por esse modelo estratégico de agir, o participante de uma interação age de maneira a calcular o êxito de sua conduta, baseado na expectativa de decisões. Baseia-se na escolha de meios e fins que maximizem o seu proveito individual da situação ou das expectativas de proveito.

Segundo Habermas (2016, vol.1, p. 166), esse modelo de agir pode ser vinculado ao da teoria dos jogos, ao afirmar que "o conceito de ação teleológico tornou-se produtivo pelas

mãos dos fundadores do neoclassicismo, primeiramente para uma teoria econômica das ações eletivas, e por Neumann e Morgenstern para uma teoria dos jogos estratégicos."

Interessante pontuar, como já visto, que Neumann desenvolveu um conceito estratégico na teoria dos jogos, voltado para a competição, no sentido de que para que um dos envolvidos pudesse ganhar, o outro, necessariamente, teria que perder. Nesse aspecto, a ideia do agir estratégico desenvolvida por Weber, ao explicar a racionalidade das condutas, partia desse pressuposto.

Esse era o propósito inicial da teoria dos jogos, agir estrategicamente, num contexto de competição. Nesse caso, não haveria preocupação em atender aos pressupostos de validade definidos por Habermas, pois não havia que se falar em veracidade e sinceridade, muito menos em entendimento. Agir estrategicamente era sinônimo de atingir objetivos individuais.

Foi John Nash quem revolucionou a teoria dos jogos e introduziu um novo elemento em seu contexto, qual seja, a cooperação, acrescentando suas premissas ao modelo estratégico, o que possibilitou a maximização de resultados, conforme já exposto. Portanto, seria possível agir estrategicamente, para maximização de ganhos individuais, através de atitudes cooperativas.

Habermas também se preocupou em desenvolver um novo conceito de racionalidade em contraposição ao excesso de positivismo, através de uma teoria crítica à sociedade, ao desenvolver os conceitos de "mundo da vida" e "sistema", como dois níveis estruturais no interior das sociedades complexas modernas.

Considera que o mundo moderno é coordenado por sistemas que funcionam de acordo com o agir estratégico, através de uma racionalidade instrumental voltada tão somente a fins, e cita como exemplo o mercado. Mas também acredita que as ações sociais devem ser conduzidas por normas e valores comunicativamente estabelecidos e mediados pelos fins e sentidos socialmente definidos, que ocorrem no mundo da vida.

Assim, no "mundo da vida", desenvolve-se uma lógica simbólica, onde há espaço para a linguagem e significado; enquanto que no "sistema", desenvolve-se uma reprodução material, uma lógica instrumental. Constata que, na atualidade, há uma crescente instrumentalização do mundo da vida, onde o tecnicismo se desenvolve em todas as esferas, seja na esfera jurídica, econômica, social e política. Pela teoria em comento, adota-se a ideia de que "os campos da vida estruturados por via comunicativa estão submissos a imperativos de sistemas acionais autonomizados e formalmente organizados". (HABERMAS, 2016, p. 11).

O autor esclarece que as condições do comportamento racional podem ser analisadas sob o ponto de vista ontológico de um mundo objetivo (realista) ou em reflexão sobre a

circunstância de que os que se comportam racionalmente têm de pressupor por eles mesmos, integrantes de uma comunidade de comunicação (fenomenológica). (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 39-40).

No primeiro caso, a preocupação reside em analisar as condições que devem ser cumpridas para que possam ser estabelecidos objetivos a serem seguidos, a ação seja considerada racional e se faça acessível a um julgamento crítico. Evidencie-se o que Max Black (1972) *apud* Habermas (2016, vol. 1, p. 38) define, nesse contexto, como condições:

1. Only actions under actual or potential control by the agent are suitable for dianoetic appraisal...
2. Only actions directed towards some end-in-view can be reasonable or unreasonable...
3. Dianoetic appraisal is relative to the agent and to his choice of en-in-view...
4. Judgments of reasonableness are appropriate only where there is partial knowledge about the availability and efficacy of the means...
5. Dianoetic appraisal can always be supported by reasons.²⁶

Há o reconhecimento de que, em contextos de ação comunicativa, a racionalidade consiste na criação de um espaço de ação estratégica, que permita a capacidade de alcançar consenso e agir de modo eficiente. Mas não somente nisso, Habermas (2016, vol. 1, p. 43) afirma que:

Em contextos de comunicação, não chamamos de racional apenas quem faz uma asserção e é capaz de fundamentá-la diante de um crítico, tratando de apresentar as evidências devidas. Também é assim chamado de racional quem segue uma norma vigente e se mostra capaz de justificar seu agir em face de um crítico, tratando de explicar uma situação dada à luz de expectativas comportamentais legítimas.

Assim, também são considerados racionais aqueles que exteriorizam um desejo, sentimento ou ato, de forma sincera e verdadeira, a ponto de revelar certeza ao ouvinte e gerar expectativas que condizem com o que Habermas denomina de "veracidade subjetiva".

Pode-se constatar que a racionalidade advinda de ações comunicativas são baseadas na argumentação, a partir de pretensões de validade que, como já analisado, dão credibilidade ao discurso.

Nesse aspecto Habermas (2016, vol. 1, p. 48) pontua que:

A "força" de um argumento mede-se em dado contexto, pela acuidade das razões; esta se revela, entre outras coisas, pelo fato de o argumento convencer ou não os participantes de um discurso, ou seja, de o argumento ser capaz de motivá-los, ou não, a dar assentimento à respectiva pretensão de validade. [...] A capacidade de

²⁶ 1. Somente ações que se encontram sob o controle atual ou virtual do agente são suscetíveis de uma avaliação crítica... 2. Somente ações dirigidas à consecução de um determinado propósito podem ser razoáveis ou não razoáveis... 3. A avaliação crítica é relativa ao agente e à sua escolha de um fim... 4. Os juízos sobre a razoabilidade são apropriados somente onde houver um conhecimento, ao menos parcial, da disponibilidade e da eficácia das intenções... 5. A avaliação crítica pode apoiar-se sempre em razões. (tradução livre).

fundamentar exteriorizações racionais, por parte das pessoas que se portam racionalmente, corresponde à sua disposição de se expor à crítica e participar regularmente de argumentações, sempre que necessário.

Vislumbra-se que a racionalidade pode ser entendida como uma capacidade dos sujeitos de falar e agir, exteriorizada por modos de comportamento, fundamentados através de boas razões, passíveis de serem contrapostas a julgamentos objetivos, a partir de pretensões de validade. Tudo isso baseado na comunicação, que se perfaz através de pressupostos de argumentação. (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 56).

Nas ações comunicativas em comento, há a busca da verdade para o enunciado e a perspectiva de êxito para o plano de ação, respectivamente. Nesse sentido, pretensões podem ser fundamentadas para atribuir validade, verdade ou eficácia da regra de ação. Com isso depreende-se que "quanto melhor se puder fundamentar a pretensão de eficiência ou de verdade proposicional associada a elas, tanto mais racionais elas serão". (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 34).

Para Habermas (2016, vol. 1, p. 36-37), somente considera-se racional uma asserção, quando o falante alcança o seu fim ilocucionário²⁷ de chegar a um entendimento mútuo com quem se interage. A racionalidade da ação predispõe a satisfação de condições necessárias para se que se realize a "intenção de intervir no mundo de forma bem-sucedida".

Com essa afirmação evidencia-se a importância das razões para o convencimento dos interlocutores da verdade sobre o que é exposto, sobretudo para obtenção de um comum acordo racional, ou quando se pretende expressar a necessidade de uma ação instrumental.

É nesse sentido que se pode evidenciar que o agir estratégico está contido na racionalidade comunicativa, onde haja a garantia de oportunidades para que os sujeitos possam interpretar subjetivamente as questões, normas e possibilidades de ação, como forma de autonomia emancipatória. Assim:

[...] essas ações instrumentais estão entrelaçadas com as comunicativas na medida em que apresentam a execução de planos que estão ligados aos planos de outros participantes da interação por meio de definições comuns da situação e processos de entendimento recíproco. (HABERMAS, 2002, p. 446).

Habermas acrescenta ao conceito de racionalidade comunicativa mais amplo, o conceito de racionalidade cognitivo-instrumental, desenvolvido sob um enfoque realista, o que permite concluir como produtivo um modelo combinado, em que pessoas coordenam suas

²⁷ Sua intenção comunicativa esgota-se no fato de que cabe ao ouvinte entender o teor manifesto da ação de fala. (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 503).

ações objetivas por meio da ação comunicativa.

Depreende-se que "uma maior medida de racionalidade cognitivamente instrumental proporciona uma maior independência em relação a limitações que o mundo circundante e contingente impõe à autoafirmação de sujeitos que agem orientados para um fim". (HABERMAS, 2000, p. 447).

Com efeito, "a razão comunicativa sobressai na força vinculante do entendimento intersubjetivo e do reconhecimento recíproco; circunscreve ao mesmo tempo, o universo de uma forma de vida coletiva". (HABERMAS, 2000, p. 450). Qualquer violação às pretensões de validade (verdade, justiça e veracidade), implicará "violação das estruturas de convivência racional, reivindicadas por todos", afetando a integralidade social.

Ao fazer-se um paralelo com o contexto da mediação, pode-se observar estrita sintonia com o que prevê a teoria da ação comunicativa, ora em análise. O fundamento desse método consensual é fazer com que os envolvidos num conflito, através de técnicas específicas utilizadas pelo facilitador-mediador, possam construir a melhor solução para a controvérsia, através da possibilidade de um diálogo construtivo, que possa ser refletido de forma prospectiva no universo social.

A situação ideal de fala na mediação pressupõe um ambiente capaz de proporcionar aos mediandos uma confiança recíproca, apto a tornar o discurso verdadeiro e sincero. Além disso, deve o mediador possuir habilidade cognitiva necessária para garantir a igualdade entre os falantes, a fim de que tenham a percepção de entendimento necessária para que as soluções e resultados construídos sejam legítimos.

Nesse diapasão, confirma-se que agir estrategicamente, num ambiente onde a comunicação ideal é possível e estimulada, significa buscar o consenso através de atitudes cooperativas, capazes de proporcionar ganhos mútuos para todos os envolvidos, numa racionalidade comunicativa.

Depreende-se do exposto, que a visão filosófica de Habermas traz para o ambiente da mediação, a certeza de que o caráter emancipador da linguagem, proporcionará aos indivíduos a possibilidade do entendimento subjetivo, capaz de atuar sistemicamente na transformação da realidade social. Afinal, "[...] a descentração da compreensão de mundo e a racionalização do mundo da vida são condições necessárias para uma sociedade emancipada." (HABERMAS, 2016, vol. 1, p. 146).

Em consonância com esse ambiente de reciprocidade, tem-se que:

no agir comunicativo, a dupla contingência aparece no momento em que cada

participante da interação pode não somente colocar (ou deixar de colocar) pretensões criticáveis em princípio, mas também aceitá-las ou rejeitá-las; e ele toma suas decisões pressupondo que isso também vale para os demais participantes da interação. (HABERMAS, 2016, vol. 2, p. 477).

Esse entendimento, gerado através das interpretações decorrentes de processos comunicativos, evidencia o afastamento do agir baseado no interesse egocêntrico do próprio sucesso, ao passo que os objetivos passam a ser perseguidos através de consensos construídos com base na definição comum da situação. É nesse aspecto que o agir estratégico muda de foco, ao compor o contexto do agir comunicativo.

É como atesta Habermas (2016, vol. 1, p. 496), ao afirmar que os participantes do agir comunicativo "não se orientam em primeira linha pelo êxito de si mesmos; perseguem seus fins individuais sob a condição de que sejam capazes de conciliar seus diversos planos de ação, com base em definições comuns sobre a situação vivida". Ressalta que a negociação acerca das situações vividas é considerada componente essencial das exigências de interpretação necessárias ao agir comunicativo.

Por essa teoria, pode-se concluir que o fundamento da autonomia e empoderamento dos indivíduos na mediação é o agir comunicativo, que, através dos seus pressupostos, permite a obtenção da emancipação da sociedade para o alcance de valores fraternos que culminam na pacificação social.

Afinal, como prescrevem Zapparolli e Krähenbühl (2016, p. 410), a parte sente-se empoderada na mediação quando:

- Alcança uma compreensão mais clara, comparada com a situação anterior, ao mesmo tempo que obtém a certeza de que aquilo que lhe interessa, é reconhecido como verdadeiramente importante pelo outro;
- Reconhece e compreende mais claramente quais são suas metas e interesses naquela situação, por que persegue essas metas e valoriza que elas são importantes e merecedoras de consideração;
[...]
- Compreende mais claramente que possui a capacidade de comunicar-se e persuadir eficazmente; pode redistribuir seus recursos de modo que tenham mais alcance;
- Avalia claramente as qualidades e debilidades de seus argumentos e dos da outra parte, as vantagens e desvantagens das possíveis soluções e alternativas que excluem o acordo - e adota decisões à luz de tais avaliações.

Sem dúvida, esse empoderamento só será possível a partir das construções comunicativas desenvolvidas neste tópico, oriundas da compreensão dos pressupostos de validade, fundamento da racionalidade comunicativa para a obtenção de um entendimento mútuo e legítimo.

Nesse sentido, passa-se a analisar a questão da legitimidade do consenso e suas

especificidades no contexto jurídico brasileiro, ambiente no qual a mediação tem sido estimulada e evidenciada.

2.3 A LEGITIMIDADE DO CONSENSO: QUESTIONAMENTOS REFLEXIVOS NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Os métodos autocompositivos, em especial a mediação por trabalhar o conflito de maneira mais profunda, são os que mais se aproximam da plena satisfação das partes, por valorizar as necessidades, interesses e sentimentos dos envolvidos, a fim de restabelecer laços eventualmente rompidos, os empoderando em busca do efetivo acesso à justiça das partes. Como já constatado, o que vai diferenciar os meios autocompositivos dos demais é a autonomia dos envolvidos, através do poder decisório que lhes é permitido e assegurado.

Ocorre que, de forma crítica, Owen Fiss (2007, p. 131) *apud* Jobim (2016, p. 75) chama atenção para o fato de que "uma das questões negativas que existe em meios que apontam serem ditos como conciliatórios de conflitos é a questão do desequilíbrio de poderes".

Jobim (2016, p. 82), nesse mesmo sentido, classifica a mediação e a conciliação como métodos heterocompositivos, por entender que a presença de um terceiro alheio aos interesses das partes, com ou sem poder decisional, assim as configura. Cita, como referência, a explicação de Gorczewski (1999, p. 15):

A história nos indica que as primeiras formas assumidas para a resolução de conflitos entre os homens foram produto de suas próprias decisões, ou porque aplicavam a lei do mais forte, ou porque convencionavam uma forma que evitava aprofundar a crise. Em qualquer caso, partia-se do enfrentamento individual, não existiam terceiros envolvidos e, se, eventualmente, participava um terceiro, na realidade compartilhava o interesse de um outro litigante.

Essa não é a posição que prevalece, já que, para a maioria, o que vai diferenciar a autocomposição da heterocomposição é a titularidade do poder decisório. Ou seja, na conciliação e na mediação, a presença do terceiro imparcial não retira das partes o poder de decidir pelo acordo, já que acobertadas pelo princípio da voluntariedade.

Nessa linha de entendimento estão José de Albuquerque Rosa e Araken de Assis, *apud* Jobim (2016, p. 79 e 80), André Gomma de Azevedo (2013, p. 7), Fernanda Tartuce (2016, p. 47), Luciana Aboim Silva (2013, p. 176), entre outros. A própria Lei de Mediação²⁸, em seu art. 1º, traz expressamente em seu bojo a forma autocompositiva.

²⁸ Art. 1º, Lei n. 13.140/2015. Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. (Lei n. 13.140/2015).

Contudo, essa preocupação com eventual desequilíbrio de poder é pertinente e merece ser valorada, na medida em que deve o mediador buscar a todo tempo, de forma imparcial e firme, a promoção da igualdade entre os envolvidos, o que Habermas caracterizou como situação ideal de fala. Para tanto, o mediador deve possuir habilidades cognitivas e ser devidamente capacitado para bem aplicar as técnicas ou ferramentas de provocação de mudanças nas partes, sob pena de contribuir para eventual desequilíbrio.

Como atestam Cappelletti e Garth (1988, p.6), "a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas'".

Acrescenta Arruda (2015, p. 38) que "o comportamento esperado do mediador é que seja capaz de promover a equalização de poderes, trazendo o princípio da igualdade para a dinâmica da mediação".

Ora, sendo a mediação um método em que se valoriza e estimula a participação dos envolvidos, há que se garantir um tratamento igualitário, onde a parte não se sinta intimidada a concluir o acordo por estar no ambiente do Judiciário, muito menos desprotegida por ser a parte hipossuficiente da relação.

Também é nesse sentido a ponderação feita por Tartuce (2016, p. 89):

As dificuldades que empecem a prestação jurisdicional podem acabar conduzindo à tendência de celebração de acordos a qualquer custo, mesmo em situações excessivamente gravosas para uma ou ambas as partes. Em tal circunstância, não se estará distribuindo justiça, mas se negando a atribuir a cada um o que é devido por questões pragmáticas, utilitárias e ilegítimas. Ao pautar-se pela diretriz consensual, deve o órgão responsável pela administração do conflito atuar segundo as técnicas previstas para tal mister, com eficiência e respeito em relação à vontade real das partes.

Salienta a mesma autora a importância de se buscar "consensos legítimos" e que se a autocomposição for imposta, corre-se o risco de estar diante de uma "pseudoautocomposição", onde as partes, ao invés de serem estimuladas a compor seus conflitos, são coagidas a tanto. Tal conduta compromete a credibilidade dos meios consensuais e, também, do sistema judiciário. (TARTUCE, 2016, p. 89 - 90).

Nesses termos, a comunicação se destaca como propulsora de um ambiente promotor de igualdade de forças entre os envolvidos, em perfeita sintonia com os pressupostos defendidos pela teoria do agir comunicativo. Aspectos positivos do conflito podem ser evidenciados por meio de uma comunicação não violenta, através de uma linguagem clara, que assegure, sobretudo, o entendimento de todos.

Parkinson (2016, p. 320) evidencia que: "Os mediadores precisam demonstrar uma

combinação de empatia e de firmeza na gestão de desequilíbrios de poder e, caso tais questões tornem o processo insustentável, a mediação deve ser interrompida".

Semelhante preocupação revelam Meirelles e Marques (2016, p. 121), como se vê: "Ressalta-se que, em nosso entender, a mediação deveria ser um procedimento extrajudicial e também pré-processual, promovido antes da busca pelo Poder Judiciário." Aduzem os autores que as mediações realizadas, ainda que de forma pré-processual, mas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Cejusc's), não poderia ser considerado uma instância pré-processual, já que ocorre nas dependências do Tribunal de Justiça, através de equipe formada por este e assim vinculada, e, dessa forma, não garante a autonomia e participação ativa das partes.

Essa linha de pensamento deve ser levada em consideração para que, sobretudo no âmbito do Judiciário, haja um cuidado maior com a promoção de autonomia igualitária entre as partes, principalmente quanto à questão do entendimento, que deve ser garantido. Os programas de formação de conciliadores e mediadores devem ser amplamente supervisionados para que situações de desequilíbrio não sejam convalidadas sob o manto do Judiciário. Em assim sendo, não há que se falar em ausência de autonomia e participação ativa dos envolvidos.

Esses mesmos autores acrescentam que "a mediação quando judicializada, encontra-se vulnerável". Entendem que o poder monopolizador e institucionalizador do Judiciário, com toda sua estrutura adversarial, ameaça o resgate da cidadania emancipatória e interfere no procedimento participativo e colaborativo dos envolvidos no conflito. (MEIRELLES E MARQUES, 2016, p. 123).

Concorda com esse entendimento, Calmon (2015, p. 158), ao aduzir que:

Autocomposição é sempre uma opção, mas não se pode deixar de reconhecer a existência de diversos casos de *autotutela disfarçada*, que acontece quando o acordo não é fruto da livre e soberana vontade de ambos os participantes. Nesse caso, a autocomposição é nula de pleno direito. Por ser muito difícil constatar e provar a *autotutela travestida de autocomposição*, esse problema existe e deve ser objeto de preocupação da política de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição.

De fato, essa é uma situação possível de acontecer. Ocorre que, o contexto cultural em que se vive, de uma sociedade altamente litigante, que procura o Judiciário para resolver todos os tipos de demandas, das mais simples às mais complexas, impõe que, nesse momento, seja esse o ambiente propício para que o conflito seja trabalhado de forma prospectiva e as pessoas possam resgatar a capacidade de dialogar.

É preciso que se atente para a necessidade crescente de que o juiz se manifeste sobre os mais variados fatos da vida social, de maneira que o ativismo judicial tornou-se um fato. A justiça tornou-se uma exigência absoluta de todos, como uma demanda moral, de procura universal. Diante dessa circunstância, o Judiciário não pode mais se restringir a dizer o justo, mas, deve assumir uma função multidisciplinar de decidir e instruir; manter as distâncias convencionais, mas ao mesmo tempo se aproximar, conciliar, comunicar e julgar. (GARAPON, 1996, p. 20-21).

Dessa forma, em que pese os questionamentos sobre a não judicialização da mediação, a atuação do Judiciário, em regulamentar e assumir esse papel, num cultura demandista consolidada, faz-se extremamente necessária, para que, através de ações efetivas e organizadas, com a apresentação de outras formas de tratamento de conflitos, possa ser devolvida à sociedade a autonomia de resolver suas questões, de maneira mais satisfatória, que atenda a justiça de cada um, o que, de certo, contribuirá para uma sociedade mais fraterna.

É o que Daniela Gabbay (2013, p. 81) ressalta como "o papel pedagógico exercido pelo Judiciário", ao considerá-lo como um condutor dos primeiros passos para se atingir a institucionalização dos métodos consensuais, salientando uma tendência do Judiciário se retirar de cena, assim que a sociedade estiver preparada para trilhar esse caminho por conta própria, com autonomia necessária para solucionar seus próprios conflitos. A autora classifica o Judiciário como um instrumento para efetivação dos meios autocompositivos, pelo menos neste momento.

Lagраста (2016, p. 195) pensa da mesma forma e ainda cita como exemplo as experiências dos Estados Unidos e Canadá, quando, assim como está acontecendo no Brasil, "no início, até mesmo tendo em vista o caráter educativo, por não terem as pessoas e nem os advogados conhecimento suficiente em relação aos meios consensuais de solução de conflitos, tais meios foram disponibilizados através do Poder Judiciário, e com a fiscalização deste".

Esse pensamento se revela bem apropriado, uma vez que a sociedade ainda busca o Judiciário como primeira opção para resolver suas controvérsias, o que evidencia a importância de seu caráter educativo. Ocorre que deve haver cautela quanto à forma de implantação desses métodos consensuais nos Tribunais, com critérios e triagem adequada, a fim de que seja garantido que a quantidade de acordos obtidos esteja acompanhada da qualidade necessária para que a justiça das partes seja alcançada.

De fato, como ressalta Azevedo (2004, p. 149), os programas de mediação institucionalizada que apontam maior grau de satisfação dos participantes são os que possuem

um servidor capacitado para, de forma específica, proceder com a triagem dos casos que serão encaminhados para a respectiva forma de resolução de conflito.

Semelhante preocupação deve existir, sobretudo, quanto à implantação da mediação, que não deve ser institucionalizada de forma mecanizada, muito menos avaliada pelo número de acordos alcançados. Afinal, através da mediação pretende-se que uma nova concepção de acesso à justiça se concretize, baseada em comportamentos cooperativos entre os participantes, que gerem benefícios mútuos, com resultados satisfatórios para os envolvidos.

Afinal, "é do senso comum que uma das finalidades do Poder Judiciário é a pacificação social, portanto, incumbe-lhe utilizar mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira Justiça". Parte-se do pressuposto de que a verdadeira justiça é a alcançada através de um consenso capaz de abarcar todas as ramificações do conflito que porventura possam existir. (SENA, 2007, p. 99).

Esse é o principal desafio da mediação de conflitos, promover a construção de consensos legítimos pelas próprias partes, que sejam justos para ambas. Onde houver desequilíbrio de poder, não cabe a atuação do mediador, que deverá encerrar a sua atuação, sob pena de promover a já citada "pseudoautocomposição". Até porque, o objetivo maior da mediação não é o acordo em si, mas o restabelecimento da comunicação e a promoção da pacificação.

Como afirma Tartuce (2016, p. 275), o mediador precisa ter perfil para vencer os obstáculos que decorrem de posições antagônicas. Cabe a ele facilitar a comunicação entre os envolvidos, através de diálogos construtivos, a fim de que estes protagonizem a condução do resultado de forma cooperativa. Para tanto, evidencia a preocupação com a devida capacitação dos mediadores para o aperfeiçoamento e seriedade da atividade.

Para Arruda (2015, p. 91), "assegurar a prática da mediação, na plenitude de sua nobreza, é necessário que a formação do mediador seja criteriosa, estabelecida com a clareza de fundamentos teóricos desse conhecimento a favor do aprimoramento do acesso à justiça".

A Resolução n. 125/2010 do CNJ, estabelece os requisitos mínimos necessários para atuação como mediador judicial e deve haver cuidado para que todas as exigências sejam observadas, além da necessária aptidão natural. Devem os Tribunais, através de seus órgãos competentes, primar pela excelência nesse trabalho a ser desenvolvido no âmbito do Judiciário, que, neste momento de litigiosidade acentuada, faz-se necessário.

Dessa forma, se os mediadores não tiverem acesso à capacitação devida e, conseqüentemente, se a comunicação não for trabalhada de forma a promover situações ideais de fala, sem a interferência de pressões externas, não haverá legitimidade no consenso dos

envolvidos e não se terá atingido o efetivo acesso à justiça.

Como aduz Azevedo (2013, p. 94-95), a parte teórica do treinamento em mediação tem sido conduzida de forma pragmática e aborda assuntos referentes a políticas públicas de resolução apropriada de disputas no Brasil, análise dos seus princípios gerais, procedimentos, componentes éticos, apresentação de regulamentos e, sobretudo, habilidades práticas de mediação, onde se evidencia as técnicas de mediação.

É nesse sentido que se enfatiza a importância de discorrer sobre as referidas técnicas, como instrumentos essenciais para uma comunicação eficaz, capaz de promover um ambiente de igualdade, empoderando os envolvidos para a construção de consensos legítimos, a partir de pretensões de validade criticáveis autonomamente.

2.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE MEDIAÇÃO BASEADAS NA COMUNICAÇÃO

De acordo com o Manual de Mediação Judicial, organizado por Azevedo (2013, p. 195), técnicas de mediação "são ferramentas que, se bem utilizadas, podem alterar o curso da mediação e a percepção de satisfação do jurisdicionado quanto ao serviço autocompositivo prestado". Enumera como técnicas para facilitar a comunicação entre os envolvidos em um conflito: a recontextualização (ou paráfrase); audição de propostas implícitas; afago ou reforço positivo; silêncio; sessões privadas ou individuais; inversão de papéis; geração de opções ou perguntas orientadas a geração de opções; normalização; organização de questões e interesses; enfoque prospectivo; teste de realidade; validação de sentimentos.

Pode-se afirmar que as técnicas trabalhadas na mediação de conflitos em muito se assemelham às que Marshall Rosenberg (2003) desenvolve em sua obra "Comunicação não-violenta", que denomina de "técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais", a exemplo da empatia, ouvir com atenção, parafraseamento, silêncio, o que evidencia a intrínseca conexão entre a mediação e a comunicação não violenta.

De forma semelhante, Vasconcelos (2008, p. 64), aborda os preceitos de uma comunicação construtiva, como um complexo de valores e práticas comunicativas complementares. São eles: conotação positiva; escuta ativa; perguntas sem julgamento, reciprocidade discursiva; mensagem como opinião pessoal; assertividade; priorização do elemento relacional; reconhecimento da diferença; não reação e não ameaça.

A mediação, em suas fases iniciais, consiste na identificação das questões e interesses que serão trabalhados no decorrer da sessão, bem como na administração dos sentimentos que as partes demonstram e que as influenciarão na percepção do conflito. Dessa forma, é de

suma importância a utilização das técnicas de mediação, como ferramentas aptas a provocar mudanças de comportamentos nos envolvidos em um conflito.

O entendimento de Tartuce (2013, p. 55) é no sentido de reconhecer a técnica como elemento fundamental à prática da mediação e tem como finalidades "restabelecer a comunicação, prevenir conflitos, incluir o cidadão e promover a pacificação social permitindo a continuidade da relação interpessoal [...]".

De fato, a comunicação será tanto mais eficaz quanto maior for a habilidade do mediador em aplicar as técnicas de mediação, cuja nomenclatura pode variar, conforme o autor, mas convergirão quanto à essência de produzir resultados positivos e transformadores, capazes de promover a percepção de que o conflito pode ser visto como algo positivo. Assim, passa-se a discorrer sobre as principais técnicas de mediação.

Tartuce (2013, p. 49-50) evidencia que através da técnica da escuta ativa:

o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente [...] Como se percebe, a percepção do mediador supera a mera consideração das palavras. Eis porque se costuma afirmar que "escutar é diferente de ouvir".

Segundo Parkinson (2016, p. 193): "Mediadores mostram que estão ouvindo atentamente as partes por meio de sua postura, expressão facial e contato com os olhos, bem como através das palavras por ele utilizadas". Ressalta também a importância de transmitir tranquilidade e atenção.

Desse modo, o mediador deverá ser receptivo com a parte interlocutora e demonstrar uma atitude positiva de atenção, sempre mantendo o contato visual, de maneira que o falante se sinta ouvido. A linguagem corporal do mediador neste momento faz toda diferença.

Sobre essa técnica, Azevedo expõe (2013, p. 161):

Ouvir ativamente significa escutar e entender o que está sendo dito sem se deixar influenciar por pensamentos judicantes ou que contenham juízos de valor – ao mesmo tempo deve o ouvinte demonstrar, inclusive por linguagem corporal, que está prestando atenção ao que está sendo dito. (...) Além disso, apenas ouvindo ativamente poderá o mediador identificar as questões mais importantes, as emoções e a dinâmica do conflito – o que faz com que as intervenções do mediador sejam muito mais eficientes e oportunas.

Nesses termos, a escuta ativa poderá ser empregada durante toda a mediação, sempre de forma a expressar respeito e atenção com as partes.

Outra técnica muito utilizada é a da Recontextualização ou Paráfrase, baseada na ênfase que o mediador dá para aspectos positivos abordados implicitamente pelas partes, que

quando ditos de outra maneira, servirão para amenizar o conflito. (AZEVEDO, 2013, p. 196).

Trata-se da utilização de palavras semelhantes para repetir basicamente o que a pessoa disse, ressaltando os pontos positivos, de forma que ouçam seus relatos contados por um terceiro neutro e imparcial, sob uma outra perspectiva.

Através desta ferramenta, as partes serão estimuladas pelo mediador a prestarem atenção a determinado contexto fático por outro enfoque. Dessa forma, o mediando tende a entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais positiva, e assim extrair soluções também positivas.

Também merece destaque a técnica da audição de propostas implícitas, através da qual o mediador deve ter a habilidade para extrair, daquilo que foi dito pela parte, uma possível solução para a demanda. (AZEVEDO, 2013, p. 196-197).

Em um conflito, geralmente as partes, em seus discursos, propõe soluções sem perceberem que estão assim procedendo. É muito importante que o mediador tenha habilidade para identificá-las e, assim, facilitar o diálogo negocial entre os envolvidos.

O afago ou reforço positivo é uma técnica consistente em ressaltar e valorizar aspectos positivos das partes durante todo o procedimento. É mencionada por Azevedo (2013, p. 197) da seguinte forma:

O afago consiste em uma resposta positiva do mediador a um comportamento produtivo, eficiente ou positivo da parte ou do próprio advogado. Por intermédio do afago, busca-se estimular a parte ou o advogado a continuar com o comportamento ou postura positiva para a mediação. [...]

Por essa técnica, atitudes positivas são evidenciadas, o que serve de estímulo para que todos sejam estimulados a agir de forma prospectiva. São exemplos de afago: elogios, reconhecimento quanto à intenção de colaborar, agradecimento por aguardar o momento da fala.

Há de se considerar a importância da técnica do silêncio, que segundo Azevedo (2013, p. 165) pode ser utilizada com vários objetivos no decorrer de um processo de resolução de disputa.

Warat (2004, p. 67) entende que: "Na mediação é fundamental trabalhar os não-ditos do sentido, esses expressam o conflito com um grau maior de riqueza. Os detalhes de um conflito revelam-se muito mais pelo não-dito, do que pelo expresso".

Geralmente, o silêncio do mediador provoca nas partes reflexão, ainda que momentânea, sobre a forma como estão agindo. Logo, quando uma parte dá sinais de que dará um passo importante para resolução de controvérsia (que pode ser uma concessão, o

reconhecimento de um erro ou um pedido de desculpas), é conveniente que o mediador aplique essa técnica.

É o que Vasconcelos (2008, p. 63) evidencia ao tratar da comunicação:

Comportamento é comunicação. Toda comunicação é interacional, é troca de mensagens. Por mais que um indivíduo se esforce é-lhe impossível não comunicar. Atividade e inatividade são comunicações. Portanto, palavra ou silêncio são comunicação. Possuem valor de mensagem e, dessa forma, influenciam outros e estes não podem não responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando.

Em algumas ocasiões, a parte age por impulso, na ânsia de solucionar logo a demanda. O silêncio do mediador provoca a atenção da parte, e a faz repensar, após esta breve pausa, sobre eventual atitude a ser tomada.

Parkinson (2016, p. 194) explica a técnica do silêncio como "uma forma de comunicação" e acrescenta que "o mediador não deve tentar se apressar para preencher o silêncio que muitas vezes está carregado de emoções". Evidencia, dessa forma, a importância dessa técnica para a reflexão.

As sessões individuais, técnica também chamada de *caucus*, são encontros privados entre os mediadores e cada um dos envolvidos, separadamente.

Azevedo (2013, p. 146) destaca um cuidado inerente a essa ferramenta:

Na sessão privada é comum a parte começar a ter uma proximidade mais acentuada com o mediador e, em razão desse fato, é possível que ela passe a acreditar que ele possa estar do seu lado. Deve, portanto, ter o mediador cautela ao demonstrar compreensão pelo que a parte está sentindo e, ao mesmo tempo, não deixar transparecer qualquer sinal de parcialidade.

É uma técnica que pode ser utilizada logo após a primeira sessão conjunta, quando as partes expuserem os fatos e o mediador perceber que a comunicação ou algum outro ponto precisa ser melhor trabalhado, bem como no decorrer da sessão, se o mediador ou qualquer das partes achar conveniente. Contudo, deve haver preocupação com a garantia da imparcialidade.

Recomenda-se que sempre que for realizada uma sessão privada com uma das partes, faça-o também com a outra. E caso venha a realizar mais de uma sessão privada com uma das partes, haja o cuidado de também realizá-las em igual número com as outras.

Interessante pontuar, como asseveram Zapparoli e Krähenbühl (2016, p. 310), que os mediadores que se utilizam, preferencialmente, das sessões privadas, "terão dificuldade em compreender o contexto e sua dinâmica comunicativa conflituosa, assim também em

proporcionar mudanças efetivas, que ultrapassam eventuais pactos". Por isso, não é aconselhado o seu uso de forma excessiva.

O que as autoras quiseram evidenciar é que a referida técnica há de ser utilizada com parcimônia, de forma estratégica, a fim de que o processo dialógico não fique prejudicado. Afinal, o que se pretende é trabalhar o contexto relacional entre os envolvidos, muito mais do que a obtenção de um acordo.

Também muito utilizada e eficiente é a técnica da inversão de papéis. Trata-se de uma ferramenta que deve ser utilizada em sessões individuais, mediante a informação de que se trata de uma técnica de mediação e que também será utilizada com a outra parte. Assim, o mediador assegurará a sua imparcialidade e as partes o verão como um autocompositor neutro. (AZEVEDO, 2013, p. 200).

Através dessa ferramenta, o mediador estimula uma parte a se colocar no lugar da outra, para que perceba o contexto também sob a ótica da outra parte. O objetivo é fazê-las refletir sobre a situação do outro e estimular o entendimento através da empatia.

Muito produtiva e salutar para o êxito do procedimento é a técnica da geração de opções, que significa estimular as partes a pensarem em possíveis soluções para resolver a demanda. É também chamada de *brainstorming* ou chuva de ideias.

A prática tem demonstrado que a primeira solução que vem à mente, geralmente, não é a que mais satisfaz ambas as partes. Pensar em outras alternativas faz com que surjam opções mais eficazes para o deslinde da questão. (AZEVEDO, 2013, p. 201).

Outra técnica recomendada é a normalização, muito utilizada para que as partes sintam o conflito como algo normal, que faz parte do cotidiano das pessoas, e, assim, sejam estimuladas a percebê-lo como uma oportunidade de melhoria da relação entre os envolvidos. (AZEVEDO, 2013, p. 202).

É muito comum que os envolvidos no conflito se sintam constrangidos pelo fato de estarem litigando e, em razão desse desconforto, atribuam culpa ao outro. Cabe ao mediador promover um ambiente neutro, que permita tranquilidade e equilíbrio aos participantes da sessão. Perceber o conflito como algo natural é essencial para que os envolvidos consigam harmonizar seus interesses em busca de uma solução.

Tem-se, ainda, a técnica da organização de questões, que pode ser utilizada quando os mediandos perdem o foco da discussão, deixando de lado as questões que precisam ser resolvidas e desviam a atenção para outros aspectos que, naquele momento, são sobrepostos. (AZEVEDO, 2013, p. 203).

Cabe ao mediador retomar a discussão e lembrar as partes das questões que foram pontuadas no início da sessão como agenda a ser seguida durante a mediação.

Pela técnica da validação de sentimentos, o mediador irá identificá-los e abordá-los como uma consequência natural de interesses legítimos que a parte possui.

O mediador deve ter muita cautela para não demonstrar concordância ou apoio ao sentimento da parte, mas tão somente seu reconhecimento. Reconhecer significa validar o sentimento, através da percepção de entendimento do que a parte está sentindo, além de demonstrar que esta foi ouvida com atenção.

No entender de Azevedo (2013, p. 139):

O papel do mediador ao validar sentimentos consiste em demonstrar às partes que é natural em qualquer relação haver conflitos e que se faz mais eficiente buscar soluções do que atribuir culpa. A expressão das emoções é de grande valia para as partes não só apenas para que estas se sintam mais descarregadas e tranquilas no processo de mediação, mas também para que demonstrem à outra parte a intensidade de seu sentimento com relação à determinada questão.

Dessa forma, é importante que o mediador identifique os sentimentos desenvolvidos no decorrer do conflito e aborde-o como uma consequência natural de interesses legítimos que as partes possuem.

Essa técnica pode ser utilizada no decorrer da mediação e também em sessão individual, para sentimentos que somente uma parte venha manifestar, sendo utilizada na presença de ambas as partes somente se os sentimentos forem semelhantes.

Azevedo (2013, p. 204) ainda cita o enfoque prospectivo como técnica, através da qual recomenda-se que o mediador, ao conduzir a sessão, não foque em atribuições de culpa, mas em soluções possíveis e voltadas para o futuro. Cita, também, a técnica do teste de realidade, que "consiste em estimular a parte a proceder com uma comparação do seu 'mundo interno' com o 'mundo externo' - como percebido pelo mediador".

Através do teste de realidade, propõe-se a reflexão do mediando quanto ao compromisso assumido. Trata-se da confirmação de que o entendimento foi obtido e que eventual acordo firmado é possível de ser assumido sem maiores dificuldades por aquele que se propôs, evidenciando a legitimidade do consenso.

É importante pontuar, conforme depreende Tartuce (2016, p. 241), que "embora haja certas pautas de atuação e várias ferramentas úteis indicadas pelos diferentes modelos de mediação, não há um roteiro fixo e fechado a ser seguido durante a mediação". Ressalta que um dos mais importantes predicados da mediação é a flexibilidade. O mediador deve

desenvolver a sensibilidade de atuar de forma diversificada entre as possíveis técnicas a serem utilizadas, para a realização de uma mediação proveitosa.

Como se vê, o perfil e a habilidade de atuação do mediador é fundamental para promover a segurança e confiança nas partes, necessárias ao procedimento. Para tanto, deve ser devidamente capacitado e, além de conhecer as técnicas, saber o momento mais oportuno para sua aplicação, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Afinal, como conclui Luciana Aboim Silva (2013, p. 169) sobre a importância das técnicas: "[...] o sucesso da mediação requer o preparo de um terceiro facilitador, que empregará as técnicas de mediação, tendo em vista uma atuação voltada para a promoção do diálogo, restabelecimento da comunicação e o consenso efetivo nas relações de disputa".

Assim, cabe relacionar o empoderamento proporcionado às partes e a efetividade da comunicação para a construção de consensos legítimos, aos princípios basilares da mediação de conflitos, que asseguram todos os preceitos teóricos e práticos já delineados.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E A CONSAGRAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE LITÍGIOS

Tartuce (2016, p. 189) enfatiza que "a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise". Aduz que, ao longo dos anos, os operadores do Direito, bem como os jurisdicionados, padeceram das mazelas advindas de práticas distorcidas, ditas conciliatórias, mas que, na realidade, não respeitavam princípios nem técnicas, com o fim exclusivo de findar os processos a qualquer custo.

É nesse sentido que se pretende fazer referência aos princípios como fonte essencial de observância para que a mediação seja consolidada com suas prerrogativas garantidas e seja um método eficaz, que preserva a autonomia de vontade dos envolvidos. O estrito cumprimento dos preceitos principiológicos que regem a mediação promoverá a igualdade e o equilíbrio necessários para o empoderamento das partes e, conseqüentemente, a satisfação pessoal de cada um, com reflexos para a sociedade.

O atual Código de Processo Civil enumera, em seus artigos iniciais, a normatividade fundamental do Direito processual, com princípios e regras a serem observados. Nesses primeiros artigos, os métodos consensuais são destacados e a conciliação e mediação ganham status de norma fundamental.

Humberto Ávila (2005, p. 15), em sua obra, "Teoria dos Princípios" chama atenção para a constante relevância que a distinção entre princípios e regras vem recebendo nos debates doutrinários e jurisprudenciais. Afirma, inclusive, que "a doutrina constitucional vive, hoje, a euforia do que se convencionou chamar de *Estado principiológico*".

O autor fundamenta seu interesse em discorrer sobre o assunto, entre outros fatores, com o objetivo de propor uma definição de princípios que alcance a compreensão das características que lhe são peculiares relativamente a outras normas que compõe o ordenamento jurídico. (HUMBERTO ÁVILA, 2005, p. 19).

Sobre o assunto, salienta Sousa (2011, p. 95) que:

O conceito de norma jurídica e a distinção entre duas de suas espécies (regras e princípios), ainda que não seja um assunto recente, ganhou muita força na teoria do direito, sobretudo nas obras de Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1985).

Assevera o mesmo autor que não há um consenso se entre princípios e regras há uma

relação de cogeneralidade, ou seja, são gêneros autônomos de categorias normativas, ou se entre eles há uma relação de especialidade, onde seriam espécies de uma categoria maior designada como "norma jurídica". Predomina na doutrina duas ou três distinções, uma que considera essa distinção "forte", outra que traça uma distinção "fraca" e outra que não admite qualquer distinção. (SOUSA, 2011, p. 95-96).

André Ramos Tavares (2006, p. 94) traz a percepção de que basear essa distinção no âmbito do "superconceito" norma é uma tarefa de considerável complexidade, já que alguns dos critérios utilizados baseiam-se em diferenças quantitativas.

Trata-se de discussão que merece aprofundamento, e, por não ser objeto do presente estudo, optar-se-á pela definição trazida por Humberto Ávila (2005, p. 72), segundo a qual "os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários".

Depreende-se que, a partir da positivação de princípios, determinados comportamentos passam a ser cogentes e necessários para a realização dos fins intuídos por eles. Assim, representam muito mais do que valores, significam delimitação de comportamentos, que devem ser observados para sua concretização.

Os princípios norteadores da mediação, bem como suas regras de conduta, encontram-se dispostos na Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação), na Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), e também no Código de Ética, constante no anexo III, da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os quais, juntos, formam o sistema normativo da mediação.

Trata-se da consagração da política pública de solução consensual de litígios e como tal merece ser reverenciada.

3.1 PRINCÍPIOS RECONHECIDOS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO COM ÊNFASE PARA O EMPODERAMENTO DOS INDIVÍDUOS

Para que a mediação tenha o seu procedimento reconhecido no Brasil e consolide os valores éticos e humanos para os quais se propõe, os princípios que a regem tiveram sua relevância reconhecida no plano normativo.

Assim, os princípios expressos no Código de Ética de conciliadores e mediadores judiciais são: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e

validação. (Anexo III, da Resolução n. 125/2010, CNJ).

Da mesma forma, a lei de mediação traz como princípios: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca pelo consenso, confidencialidade e boa-fé. (art. 2º da Lei n. 13.140/2015).

Para corroborar com a força principiológica que permeia o instituto da mediação, o Código de Processo Civil/2015, traz como princípios jurídicos: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada. (art. 166 da Lei n. 13.105/2015).

Observa-se que os princípios citados são, em sua maioria, comuns às legislações mencionadas. Esses princípios basilares da mediação reforçam o seu caráter cooperativo e consensual, além de que, se bem observados, garantirão as prerrogativas definidas por esse novo formato de acesso à justiça, voltado para a satisfação dos envolvidos no conflito, o qual será instrumento de empoderamento e transformação social. Far-se-á breves comentários sobre cada um deles, de forma a contextualizá-los.

Pelo princípio da imparcialidade, explica Calmon (2015, p. 115) que é assegurado o direito das partes a um procedimento justo e equitativo, na medida em que se deve contar com mediadores "que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo, percebido ou real, de fato ou de palavra".

O art. 1º da Resolução n. 125/2010 define a imparcialidade como dever do mediador de "agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito", o que implica garantir que valores e conceitos pessoais não sejam levados em consideração, de modo a interferir no resultado do procedimento.

É importante salientar que imparcialidade não se confunde com neutralidade, em que pese parte considerável da doutrina classificá-las como sinônimas. Almeida, Pantoja e Andrade (2016, p. 55), de forma precisa, esclarecem que:

O mediador sofre, na qualidade de ser humano, a inevitável influência da razão e da emoção em suas percepções pessoais, o que fatalmente compromete a sua neutralidade. No entanto, por força do princípio da imparcialidade, ao qual está sujeito, ele não deve permitir que isso afete o desempenho de seu ofício.

Lagrasta (2016, p. 487) também comunga desse entendimento quando explica que "enquanto a imparcialidade se refere à atitude do conciliador/mediador em relação às partes, a neutralidade diz respeito ao conteúdo em si do tema afeto à conciliação/mediação, ou seja, ao mérito do conflito".

Nesses termos, conclui-se que a imparcialidade é a capacidade que o mediador deve possuir de não permitir que seus julgamentos internos, quando existirem, interfiram na condução do procedimento da mediação.

Em consolidação à essência desse entendimento é o que pensa Moore (1995, p. 44):

La necesidad de imparcialidad y neutralidad no significa que el mediador no pueda tener opiniones personales acerca del resultado de una disputa. Nadie puede ser completamente imparcial. Lo que la imparcialidad y la neutralidad en efecto significan es que el mediador puede separar sus opiniones de los deseos de los litigantes y concentrarse en los modos de ayudar a las partes a formular sus propias decisiones sin favorecer impropriamente a una de ellas. La prueba final de la imparcialidad y la neutralidad del mediador en definitiva está en las partes. Ellas deben percibir que el interventor no se muestra francamente parcial o partidista si se quiere que acepten su ayuda²⁹.

Constata-se a importância desse princípio, posto que essencial para que o equilíbrio e igualdade entre os envolvidos sejam assegurados, além da consolidação de um ambiente de confiança, necessário para a percepção prospectiva do conflito, o que permitirá a exposição das questões, interesses e sentimentos, que permeiam o conflito de forma sincera.

Merece destaque, ainda, o fato da nova lei de mediação reconhecer, para os mediadores, as mesmas hipóteses de suspeição e impedimento do juiz, no curso do processo judicial, conforme previsão expressa no art. 5º, da Lei n. 13.140/2015³⁰.

Em relação ao princípio da isonomia entre as partes, constata-se que possui relevância constitucional³¹, e afigura-se como uma consequência do princípio anterior, já que se traduz na proibição de conceder tratamento vantajoso ou específico a um dos envolvidos.

Almeida, Pantoja e Andrade (2016, p. 59) salientam a possibilidade do mediador "em respeito às particularidades distintas de cada indivíduo", atuar para assegurar aos mediados "iguais espaços e voz, através do manejo adequado das técnicas e ferramentas de mediação - desde que dentro dos limites de suas funções e mantida a sua necessária imparcialidade".

²⁹ A necessidade de imparcialidade e neutralidade não significa que um mediador não possa ter opiniões pessoais sobre o resultado de uma disputa. Ninguém pode ser completamente imparcial. O que a imparcialidade e a neutralidade significam é que o mediador pode separar suas opiniões dos desejos dos litigantes e se concentrar em maneiras de ajudar as partes a tomar suas próprias decisões sem favorecer uma delas. A prova final da imparcialidade e neutralidade do mediador é, em última instância, das partes. Elas devem perceber que o mediador não é parcial ou partidário se quiserem aceitar sua ajuda. (tradução livre).

³⁰ Art. 5º, Lei n. 13.140/2015. Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

³¹ Art. 5º, CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: XXX - proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; XXXI - proibição de qualquer discriminação, no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Assim, cabe ao mediador agir de forma imparcial, para que a igualdade entre os indivíduos seja assegurada, de maneira a garantir a legitimidade do consenso, tema já discutido em capítulo anterior e agora evidenciado com força principiológica.

Pelo princípio da oralidade tem-se que a linguagem verbal deve ser privilegiada em todos os atos praticados no curso da mediação. Como já visto, a comunicação é o vetor condutor do procedimento e a linguagem prospectiva deve ser utilizada de forma a promover situações ideais de fala, o que, na visão habermasiana, promove o entendimento necessário para a validade do resultado.

Preceitua Tartuce (2016, p. 2010) que "a exposição oral dos fatos e das percepções é importante para que cada pessoa tenha voz ao abordar suas perspectivas e possa se sentir efetivamente escutada".

Em que pese a oralidade estar presente em todo o procedimento da mediação, desde o convite, "a lei não deixa de prever, todavia, a consecução de alguns atos escritos, tal como o termo final de mediação, a ser redigido tanto em caso de celebração de acordo quanto na hipótese de fracasso em sua obtenção". (ALMEIDA, PANTOJA e ANDRADE, 2016, p. 59).

Essa formalidade está prevista no art. 20 da lei específica e garante, em caso de eventual acordo, a constituição de um título executivo judicial, se homologado em juízo, ou extrajudicial, quando a mediação for realizada em ambiente privado.

Quanto ao princípio da autonomia da vontade das partes, entendem Almeida, Pantoja e Andrade (2016, p. 61) que este deve ser entendido em sentido lato, abarcando:

- (i) a aceitação livre e voluntária da mediação (e a possibilidade de interrompê-la a qualquer momento); (ii) a indicação do mediador (ou a possibilidade de oposição àquele que tenha sido eleito por distribuição, em caso de mediação judicial); (iii) a participação direta e espontânea no procedimento; e, finalmente, (iv) a autodeterminação para, ao final, celebrar um acordo.

Como destacado por Tartuce (2016, p. 190): "ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade".

Por esse princípio, há uma verdadeira sintonia entre os envolvidos, o que garante o comprometimento, de fato, com eventual acordo obtido, já que construído por eles de forma voluntária, em respeito à dignidade de cada um.

Impende destacar, também, que a obrigatoriedade da audiência consensual

preliminar³² não desconfigura a autonomia das partes, uma vez que consiste tão somente na presença destas na sessão, sem, contudo, estarem obrigadas a conciliar. No início da sessão, cabe ao mediador explicar todo o procedimento, bem como os princípios que regem o instituto, para, após, valendo-se do princípio da autonomia da vontade, as partes decidirem se aceitam seguir com o procedimento ou interrompê-lo. Nesses termos, os participantes são apresentados ao método consensual e, após os esclarecimentos pertinentes, decidem se desejam continuar ou não.

Outro princípio que merece destaque é o da busca pelo consenso, através do qual se objetiva o alcance de soluções mutuamente aceitáveis e construídas pelos envolvidos, de acordo com suas necessidades e interesses.

Almeida, Pantoja e Andrade (2016, p. 62) caracterizam-no como o "grande desafio da mediação", uma vez que a persecução do consenso pressupõe a superação de uma contraposição inicial e "a necessária cooperação entre os mediandos, que devem desenvolver, sob o auxílio do terceiro imparcial, um trabalho em conjunto voltado à construção de resultado benéfico e durável".

Quanto a esse princípio, Tartuce (2016, p. 208-209) ressalta que a busca pelo consenso é inerente ao procedimento autocompositivo e à pauta de atuação do mediador. Revela preocupação ao afirmar que "em uma lógica quantitativa e desarrazoada, pode-se acabar achando que a 'busca' do consenso precisa resultar no 'encontro' de acordos a qualquer custo".

Nesses termos, o mediador deve estimular atitudes cooperativas que contribuam para uma reciprocidade de condutas positivas, a fim de harmonizar os interesses em busca de um entendimento mútuo. Afinal, uma mediação bem sucedida não implica, necessariamente, a concretização de um acordo, mas, sobretudo, uma comunicação eficaz e um reconhecimento recíproco e respeitoso.

A confidencialidade, por sua vez, é o "princípio que afirma que toda a informação obtida pelo mediador ou pelas partes se manterá dentro do programa de mediação, exceto se eventual revelação for autorizada previamente pelas partes". (CALMON, 2015, p. 115).

Para Azevedo (2016, p. 252), pelo princípio da confidencialidade garante-se que "as informações constantes nas comunicações realizadas na autocomposição não poderão ser ventiladas fora desse processo nem poderão ser apresentadas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais".

³² Art. 334, CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Tal princípio garante a confiança dos envolvidos no procedimento e no mediador, de maneira a garantir a imparcialidade deste e a manifestação sincera do discurso de cada um. O mediador deve informar, logo no início da sessão, sobre a existência desse princípio, o qual se estende a todos os presentes, e esclarecer que nada do que for dito poderá ser utilizado como prova ou servir de parâmetro para qualquer juízo de valor.

Ressalte-se que, com base no princípio da autonomia da vontade, podem as partes, no momento da lavratura do termo inicial, disporem sobre os limites da confidencialidade a ser aplicada naquele caso concreto. (HALE, 2016, p. 194). O que significa dizer que aquele que pretender fazer algum registro do que ocorrer, deverá ter a anuência prévia da outra parte, no início da sessão.

O proclamado princípio da boa-fé corresponde ao dever de agir com honestidade, lealdade e probidade, como um imperativo ético de respeito ao outro e de agir de modo colaborativo, o que repercutirá tanto no tratamento pessoal quanto na abordagem do conflito. (ALMEIDA, PANTOJA e ANDRADE, 2016, p. 64).

Refere-se a um preceito ético de conduta que se espera nas relações humanas, o qual deve ser estimulado pelo mediador, ao ressaltar a importância de comportamentos cooperativos e sinceros aptos a gerar comportamentos semelhantes.

Outro princípio, constante no art. 166 do atual Código de Processo Civil e no art.1º, inciso V do Código de Ética para Mediadores e Conciliadores (anexo III, Resolução 125/2010, CNJ), é o princípio da independência do mediador, o qual pressupõe o dever de atuar com liberdade e com ausência de qualquer tipo de pressão, sendo-lhe permitido suspender ou interromper a sessão, se presente qualquer condição que atrapalhe o seu bom desenvolvimento, bem como se abster de redigir acordo ilegal ou inexecutável.

Por esse princípio, o mediador tem como obrigação primar pelo equilíbrio e igualdade entre os mediandos, de maneira que eventual desequilíbrio de poder percebido pelo mediador deve ser rechaçado com a suspensão imediata da sessão e sua eventual remarcação, orientando as partes a retornarem com acompanhamento técnico (advogado ou defensor público).

Quanto ao princípio da decisão informada, este funciona como garantia fundamental dos mediandos, o qual assegura o acesso a amplo conhecimento sobre o procedimento da mediação e todas as suas peculiaridades. Cabe ao mediador promover um ambiente de entendimento, inclusive recomendando a presença de advogados, a fim de que eventuais avenças sejam realizadas sem que os participantes disponham de direitos que não sabiam sequer ser titulares. (ALMEIDA, PANTOJA e ANDRADE, 2016, p. 65).

Como já citado em capítulo anterior, é dever do mediador agir para evitar qualquer desigualdade entre os mediandos, que, porventura, ponha em risco a legitimidade do consenso. Esse procedimento permite o esclarecimento de eventuais dúvidas quanto à metodologia a ser utilizada, como também garante que eventual acordo esteja amparado pelos preceitos de validade e entendimento.

Consagrados de forma exclusiva pelo Código de Ética para Mediadores e Conciliadores (anexo III, da Resolução n. 125 do CNJ) estão os princípios da competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Pelo princípio da competência, o art. 1º, inciso III do referido código prevê o dever do mediador de possuir qualificação que o torne apto à atuação judicial, devendo, para tanto, ser capacitado na forma da Resolução 125/2010 do CNJ, observando, ainda, a necessidade de reciclagem periódica para a formação continuada.

Conforme já analisado, pretendeu-se dar a importância e seriedade que o instituto merece, sob pena de se convalidar práticas consagradas no antigo modelo de conciliação, onde se permitia a condução da sessão por pessoas despreparadas tecnicamente e sem perfil para trabalhar aspectos mais profundos do conflito. Ademais, é tamanha a responsabilidade do mediador ao estimular a comunicação entre os envolvidos, podendo, inclusive, acirrar o conflito, em caso de falta de habilidade cognitiva e técnica para direcionar comportamentos.

No que concerne ao princípio do respeito à ordem pública e às leis vigentes, o mesmo art. 1º, em seu inciso VI prescreve o "dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes". Caso em que o mediador, valendo-se do princípio da independência, deve se abster de redigir acordos ilegais ou inexecutáveis.

Quanto aos princípios do empoderamento e validação, Lagrasta (2016, p. 488) alerta para o fato de que foram inseridos como tal quando houve alteração na Resolução n. 125 do CNJ, através da Emenda n. 1/2013. Ocorre que, na verdade, tratam-se de técnicas de mediação e não de princípios éticos. Salienta, ainda, que os referidos princípios sequer encontram respaldo em códigos de ética estrangeiros, o que demonstra uma inadequação técnica.

De fato, em que pese o seu enquadramento no referido Código de Ética como princípio, por tudo já exposto, melhor seria considerar o empoderamento e a validação como técnica e resultado, respectivamente, em consonância com o entendimento da autora referenciada.

Objeto do presente estudo, o empoderamento "estabelece a necessidade de haver um

componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras". (AZEVEDO, 2016, p. 253).

Pretende-se, através da realização de um procedimento adequado, com o cumprimento de todos os princípios e sob a condução de um mediador devidamente capacitado e habilitado, promover o empoderamento das partes, através de uma comunicação eficiente, promotora da transformação do conflito, nos exatos termos já debatidos e fundamentados na teoria habermasiana do agir comunicativo.

Por fim, através da validação há o dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor forma de resolver eventuais conflitos futuros em função da experiência vivenciada na autocomposição, o que decorre do empoderamento. Azevedo (2016, p. 253) explica que, ao direcionar os envolvidos para a melhor forma de se comunicar, "o terceiro neutro ao conflito está capacitando (ou empoderando) as partes, habilitando-as a lidar não somente com o conflito em análise, mas também com futuras controvérsias".

Como já evidenciado, o empoderamento se baseia na satisfação de condições de entendimento e cooperação, permitindo aos envolvidos um procedimento dialógico que possibilita a emancipação da pessoa e da comunidade da qual participa, promovendo a pacificação social.

Através desses preceitos, numa visão construtiva, aliados a uma comunicação não violenta, a sociedade será educada para a obtenção de situações ideais de fala, capazes de promover a construção de consensos legítimos e eficazes, através do entendimento e da humanização das relações.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROMOÇÃO PELO ESTADO DA SOLUÇÃO POR AUTOCOMPOSIÇÃO CONSAGRADO PELO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA NOVA NORMA FUNDAMENTAL

Ainda na mesma linha principiológica, há que se fazer referência à grande novidade do atual Código de Processo Civil, o princípio da promoção pelo Estado da solução por autocomposição, que foi elevado, de forma expressa, a norma fundamental. Diddier Jr. (2017, p. 306), ao defender a existência deste princípio, salienta que ele orienta toda a atividade estatal na solução de conflitos jurídicos.

Conforme explicado por Humberto Dalla Pinho (2017, p. 149), no Brasil, por volta dos anos 90, houve interesse pela mediação judicial e em 2011, iniciaram-se as primeiras discussões sobre o texto do novo CPC e, em janeiro de 2015, foi disponibilizado o texto

definitivo. Esse diploma processual foi promulgado em 16 de março de 2015 e entrou em vigor em março de 2016, após *vacatio legis* de um ano.

O método de resolução de conflitos em comento foi recentemente positivado através da Lei n. 13.140/2015, que ficou conhecida como "Lei de Mediação", na qual constam definições, princípios, requisitos para ser mediador judicial e extrajudicial e procedimentos, o que representa um marco para a consolidação do instituto e reconhecimento de validade. Essa lei foi promulgada em 29 de junho de 2015, e entrou em vigor em dezembro de 2015, cento e oitenta dias após sua publicação.

Antes disso, como já dito, a mediação vinha sendo trabalhada no cenário jurídico brasileiro como política pública, através da edição da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para a realização das sessões/audiências de conciliação e mediação, bem como para auxílio, orientação e estímulo à autocomposição.

Todo esse processo decorreu do neoconstitucionalismo, período em que uma nova hermenêutica constitucional se fez presente e suplantou a literalidade dos preceitos legais, de maneira que surgiram reflexões acerca da função social do Direito. Nesse ínterim, o princípio do acesso à justiça passa a não mais significar tão somente o acesso ao Estado, cuja efetividade começa a ser questionada.

Desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se o centro de toda a estrutura principiológica, bem como das regras e valores constitucionais. O princípio do acesso à justiça, por sua vez, em sua atual concepção, prima pelo atendimento de valores sociais e ao acesso à ordem jurídica justa, voltada à satisfação dos envolvidos no conflito, conforme mencionado no primeiro capítulo.

A força normativa da Constituição se impõe e traz consigo a constitucionalização de todo o Direito infraconstitucional, a exemplo do novo Código de Processo Civil, que no Capítulo I, do Livro I, traz como título: "Das Normas Fundamentais do Processo Civil". Entre os princípios enumerados, ganha relevo o "Princípio da Promoção pelo Estado da solução consensual de conflitos."

Por esse princípio, evidencia-se que as formas consensuais de resolução de conflitos foram tratadas de maneira privilegiada e principiológica no art. 3º, o qual traz o seguinte preceito: "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos" e, no §3º: "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério

Público, inclusive no curso do processo judicial". (BRASIL, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, 2016).

Para Tartuce (2016, p. 265), essa iniciativa foi adotada no Código como diretriz, já que "sendo o Poder Judiciário a arena preferencialmente buscada para dirimir conflitos sob o prisma do contencioso, é importante a explicitação sobre a possibilidade de encontrar saídas proveitosas para os envolvidos com a adoção de mecanismos consensuais".

Trata-se da consagração de uma nova norma fundamental, que respalda a Resolução n. 125/2010 do CNJ, a qual vinha regulamentando esse ideal, e passa a ser uma meta do Estado a prática de atos e a adoção de posturas para promover a possibilidade de resolução dos conflitos de forma consensual e, dessa forma, garantir efetivo acesso à justiça. Como afirmam Jobim e Macedo (2017, p. 98), o artigo 3º do Código de Processo Civil "densifica um pouco mais o atual direito de acesso do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal".

Todo o Código de Processo Civil é estruturado no sentido de se estimular a autocomposição e, pela primeira vez, temos uma lei que disciplina, expressivamente, a mediação e a conciliação, que se diferenciam basicamente pela amplitude das questões a serem resolvidas. O Estado deve assumir a função de promover a solução consensual e estimular a autocomposição através de seus magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, o que caracteriza a relevância do Poder Judiciário nesse momento de mudança de paradigma e criação de uma cultura da paz.

Há que se evidenciar que, nessa linha de pensamento, o referido diploma processual tornou obrigatória a audiência preliminar de conciliação/mediação, conforme art. 334³³, *caput*, observando-se no inciso I, do parágrafo 4º, que somente se ambas as partes manifestarem desinteresse em sua realização, a audiência não se realizará.

Da mesma forma, a Lei n. 13.140/2015 (lei de mediação), em seu art. 27³⁴, prevê a obrigatoriedade sem, contudo, haver a possibilidade de discordância das partes. Dispõe que, logo após o recebimento da inicial, o magistrado deverá designar audiência de conciliação ou mediação, antes mesmo da contestação pelo requerido, sem previsão de exceção.

Quanto a esse tema, Lagrasta (2016, p. 109) relaciona três correntes interpretativas desses dispositivos. Defende a primeira corrente que os artigos de ambas as leis são

³³ Art. 334, CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. §4º. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual.

³⁴ Art. 27, Lei n. 13.140/2015. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

inconstitucionais, uma vez que essa obrigatoriedade viola o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Esta posição é facilmente rechaçada, já que a designação da sessão de conciliação/mediação deve ocorrer após o ingresso no Judiciário, através da petição inicial.

Uma segunda corrente considera que o art. 27 da Lei n. 13.140/2015, por ser especial, prevalece sobre a lei geral, no caso o Código de Processo Civil. Ou seja, por essa regra hermenêutica, a sessão de conciliação/mediação será sempre obrigatória, em face da ausência de hipótese de dispensa pelas partes na lei específica de mediação. (LAGRASTA, 2016, p. 109).

A terceira corrente defende que ambos dispositivos devem dialogar, de maneira que o disposto no art. 27, da lei de mediação, deve ser complementado pela regra prevista no art. 334, do atual Código de Processo Civil. (LAGRASTA, 2016, p. 109).

Há, também, quem entenda que nos termos do art. 139, inciso II, do CPC³⁵, o juiz pode flexibilizar o procedimento, desde que objetive a duração razoável do processo, bem como em atendimento ao princípio constitucional da autonomia da vontade. Com base nesse entendimento, o juiz pode dispensar a sessão consensual se a julgar protelatória ou desnecessária, bem como quando ambas as partes se posicionarem contrárias a sua realização. (LAGRASTA, 2016, p. 109-110).

Em que pese opiniões contrárias, tendo em vista a cultura litigante consolidada no Brasil, tem-se que a obrigatoriedade da audiência preliminar de conciliação/mediação, nesse momento, faz-se totalmente imprescindível para que haja uma mudança de padrão quanto à postura litigante. Ora, se as pessoas não forem estimuladas a conhecer um novo modo de tratamento dos conflitos, dificilmente procurarão os métodos consensuais como primeira opção.

Afinal, como conclui Lagrasta (2016, p. 196) "todos, desde o cidadão comum até os mais esclarecidos, devem conhecer suficientemente os meios de solução de conflitos disponíveis, com suas peculiaridades, para que possam optar com consciência e de acordo com seus reais interesses". Aduz, ainda, a autora que sem esse conhecimento, não há que se falar em liberdade de escolha.

Nessa perspectiva, a judicialização da mediação é salutar para uma ampla divulgação desse método, assim como dos demais mecanismos consensuais, responsáveis pela formação de uma nova mentalidade de efetividade e credibilidade do processo judicial, que considere

³⁵ Art. 139, CPC. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: II - velar pela duração razoável do processo.

um novo formato de fazer justiça, desvinculado da sentença, como de praxe.

Mais do que isso, é preciso que o Poder Judiciário funcione como um verdadeiro tribunal multiportas, modelo proposto pelo professor americano Frank Sander, da universidade de Havard, que inspirou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos - Cejusc's no Brasil, com previsão na Resolução n. 125/2010 do CNJ, repisado no art. 165 do atual Código de Processo Civil, os quais, conforme Watanabe (2016, p. 123):

[...] devem ser organizados de tal modo que venha a cumprir a função de um verdadeiro tribunal multiportas, possibilitando aos jurisdicionados o direito de escolher, dentre os vários mecanismos de resolução de controvérsias, o que seja mais adequado à natureza e peculiaridade do seu conflito de interesses.

Para Reichelt (2017, p. 255), com esse procedimento, o acesso à justiça é ressignificado e "passa a ser visto como uma pauta que demanda prestações positivas que rompem com o paradigma da decisão judicial como única válvula de escape a ser considerada por aqueles que buscam tutela efetiva de direitos".

Assim, o indivíduo, ao procurar o Judiciário para resolver suas demandas, será apresentado a outras modalidades de tratamento de conflitos e poderá optar por aquela que melhor satisfaça os seus interesses e necessidades, sendo estimulado para tanto. Da mesma forma, quando escolher iniciar uma ação judicial, ainda assim, terá a oportunidade de conhecer o método consensual e optar por seguir por essa via, se essa for a sua vontade, já que será encaminhado à audiência autocompositiva preliminar.

Nesse aspecto, numa sociedade eminentemente litigante, o papel da mediação ganha relevo ao estimular e educar a sociedade para uma nova realidade consensual que se impõe, voltada para a transformação de seus próprios conflitos. E a transformação que se espera tem como base a fraternidade, cujo conteúdo principiológico se coaduna com todo o exposto.

3.3 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO ALICERCE DA MEDIAÇÃO PARA O ALCANCE DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

De acordo com os ensinamentos de Martini Vial (2007, p. 123):

A fraternidade é um conceito biopolítico por excelência, conservando nele todas as formas e paradoxos dos sistemas sociais contemporâneos. A fraternidade que foi esquecida, retorna hoje com seu significado originário de compartilhar, de pacto entre iguais, de identidade comum, de mediação, é um direito jurado conjuntamente, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora.

Segundo a autora, as reflexões sobre o Direito fraterno são recentes e cita o italiano Eligio Resta como seu principal teórico. As discussões iniciam nos anos oitenta, mas somente na década de noventa Eligio Resta apresenta o texto básico *II Diritto Fraterno*, no qual retoma a ideia de fraternidade manifestada na Declaração Universal dos Direitos do Homem. (MARTINI VIAL, 2007, p. 123).

Essa temática também foi retratada com ênfase em 2007, na Itália, através da publicação do livro organizado e compilado por Antonio Maria Baggio, o qual foi traduzido para espanhol e português, com o título "O Princípio Esquecido/1". A partir de então, a fraternidade passou a ser objeto de estudos acadêmicos também na América Latina.

O jurista Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 217) também se dedicou ao estudo da fraternidade, classificando-a como categoria jurídica. Em sua obra "A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance", defende que foi no cristianismo que a categoria da fraternidade encontrou sua razão original, desta feita, como valor/princípio universal, includente e emancipador, sem embargo de referências seculares e fundamentos predominantemente laicos.

Esse autor buscou, ainda, inspiração na doutrina humanista, de cunho filosófico, desenvolvida por Jacques Maritain, denominada de "Humanismo Integral"³⁶, bem como no humanismo antropofílico³⁷, retratado pelo "Jus-Humanismo Normativo"³⁸, consubstanciado por Sayeg e Balera, para referenciar a fraternidade como uma categoria jurídica.

Abalizado no pensamento de Ayres Britto³⁹, Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 218) afirmou que o "constitucionalismo contemporâneo evoluiu do liberal para o social, e deste para o humanista, atingindo, na atual quadra da história, o estágio fraternal".

Para o citado autor "o compromisso do Estado com a construção de uma sociedade fraterna - e de todos os que se encontram submetidos à ordem jurídica brasileira - tem a sua sede [...] no preâmbulo da Constituição de 1988". A partir de então, houve o resgate do

³⁶ "O humanismo é o modo pelo qual o ser humano tende a se tornar mais verdadeiramente humano, fazendo-o adquirir riqueza interior e proporcionando uma melhor visão do mundo. Para o humanismo, o ser humano não apenas *está* no mundo, mas interage com ele e o transforma. Ao mesmo tempo, o humanismo exige que o ser humano se utilize de todas as forças do mundo para trabalhar em prol de seu próprio crescimento." (MARITAIN, 1945, p. 71).

³⁷ Sayeg defende que a sociedade fraterna corresponde a uma vindicação constitucional à antropofilia, ou seja, o homem sai do centro do universo para o meio difuso de todas as coisas, estabelecendo entre todos e tudo uma conexão universal.

³⁸ Doutrina que fundamenta o Capitalismo Humanista, na qual Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera reconhecem na norma jurídica três dimensões de linguagem: dimensão discursiva, que reside no texto; dimensão real-cultural, no metatexto e dimensão humanista antropofílica, no intratexto (conduz o direito a garantir a dignidade da pessoa humana e planetária).

³⁹ Carlos Ayres de Britto evidencia, de forma pioneira, a etapa fraternal do constitucionalismo, em sua obra *O Humanismo como categoria constitucional*.

princípio da fraternidade, afinal de contas os direitos de primeira e segunda gerações já haviam sido assegurados no contexto constitucional e agora a tríade revolucionária se completava. (ALCÂNTARA MACHADO, 2017, p. 166-167).

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que a fraternidade assume relevância ao se posicionar como meta a ser buscada pela sociedade, em total vinculação ao propósito expresso na atual carta constitucional, art. 3º, inciso III, que prevê como objetivo fundamental da República brasileira, construir uma sociedade solidária.

Com o intuito de contextualizar a fraternidade no Direito, Clara Machado (2017, p. 47) explica que:

A fraternidade, proclamada conjuntamente à liberdade e à igualdade no contexto da Revolução Francesa (1789), é ideal político essencial na consolidação da modernidade. Decerto, a tríade revolucionária "*Liberté, Egalité, Fraternité*" já anunciava no século XVIII a dimensão política da fraternidade e sua necessária interação com liberdade e igualdade, categorias centrais do pensamento democrático e da formação do Estado liberal de direito.

No mesmo sentido dispõe Baggio (2008, p. 53), quando afirma que "o pensamento moderno desenvolveu a liberdade e igualdade como categorias políticas, mas não fez o mesmo com a fraternidade - embora esta seja o alicerce das outras duas". Ressalta que a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois, ou seja, desde que vividas fraternalmente, a liberdade não se transforma em arbítrio do mais forte, nem a igualdade em igualitarismo opressor.

Explica Baggio que a fraternidade é algo para ser vivido para que possa ser compreendida. Com reconhecidas raízes cristãs e por ser uma condição humana, constitui um ponto de partida, ao mesmo tempo dada, mas que também precisa ser conquistada, com o compromisso e colaboração de todos. "A fraternidade parece ser ambas as coisas: condição originária da constituição de uma sociedade política e a forma do exercício participativo". (BAGGIO, 2009, p. 128).

Em total consonância com o sentido da fraternidade é que situamos a mediação. Como visto, a mediação traz para os indivíduos uma nova forma de se relacionar, um novo olhar para os contextos conflituosos, nos quais, inevitavelmente, todo ser humano está inserido. A partir de uma comunicação produtiva, as pessoas são capazes de sentir as outras como semelhantes, e a partir daí, a humanização das relações se materializa.

Nesse toar, sábias são as palavras de Warat (2004, p. 49-50):

Partindo daí, a mediação, como terapia do reencontro, pretende inverter o olhar: a imagem do outro não como aquela que enxergamos. E sim, ao contrário, é a imagem

que nos olha, agora, e que nos interroga, e inquieta os andaimes muito bem solidificados de nosso ego e de nossa cultura. O outro, ao enxergar-nos, põe em questão o que nós acreditamos ser, e todas aquelas imagens que fazemos para classificá-lo e dominá-lo, enganando-o com nossas instituições, eliminando o que neles nos mexe e ameaça. O outro, agora, como oportunidade vital, é o ponto de apoio para os problemas de difícil solução. E o outro pondo em marcha mecanismos da alma que sirvam para tomar uma posição ativa diante dos nossos conflitos. E o outro permitindo apreender a renascer.

Esse é o verdadeiro propósito da mediação, despertar sentimentos fraternos e de respeito com o próximo, a partir de estímulos advindos de mediadores comprometidos e capacitados, cujo perfil em utilizar as técnicas, de forma precisa, faz toda a diferença no direcionamento das questões e interesses a serem trabalhados no processo dialógico.

A capacidade de ouvir para ser ouvido e compreendido é um dos desafios propostos pela mediação. O reconhecimento recíproco é a base a ser conquistada pelos envolvidos em uma situação conflituosa, que deve ser aproveitada como oportunidade de melhoria e de crescimento pessoal.

Clara Machado (2017, p. 62), com muita propriedade no assunto, ressalta que a "fraternidade é marcada pela predisposição ao diálogo que persiste como núcleo em razão do fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que a fraternidade, sendo parte da condição humana, incorpora a tendência psicossocial do ser humano destinado à convivência".

Defende essa mesma autora que a fraternidade possui natureza de princípio fundamental e, como tal, pode ser introduzido no texto constitucional de forma expressa ou implícita, evidenciando-o como fonte direta de direitos e deveres transindividuais, inclusive daqueles que não estão expressamente enumerados na constituição, a exemplo do direito à paz. "A fraternidade encaminha-se, portanto, para a realização de um processo mediador construtivo da interação comunicativa, agindo no enfrentamento dos conflitos sociais e culturais". (CLARA MACHADO, 2017, p. 65; 74).

Nessa direção, a mediação ganha relevo por ser o método consensual de tratamento de conflitos que mais se coaduna com o objetivo da pacificação social e da fraternidade. Ao estimular-se a compreensão recíproca, empodera-se as pessoas para que, não somente no campo individual, mas sobretudo no coletivo, as experiências exitosas sejam replicadas para um maior alcance social.

É importante esclarecer que, em que pese a utilização dos termos "fraternidade" e "solidariedade" serem utilizados como sinônimos por parte da doutrina e por alguns sistemas jurídicos, merece destaque a compreensão defendida por Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 205-207) de que a fraternidade é muito mais do que caridade, e que, numa

perspectiva jurídica, deve suplantar práticas assistencialistas da sociedade e do próprio Estado, definindo-se um "espaço de reconhecimento de responsabilidade social com o outro, responsabilidade identificada não como uma faculdade ou como uma ação voluntária espontânea, mas como um dever jurídico; uma responsabilidade ativa".

Para Pizzolato (2008, p. 113), "a fraternidade é uma das facetas com as quais se manifesta o princípio da solidariedade, de firme arraigamento jurídico, também na Itália". Identifica como fraternidade o que chama de solidariedade horizontal, decorrente do socorro mútuo prestado entre as pessoas, o que difere da chamada solidariedade vertical, que advém da intervenção direta do Estado social, em socorro aos necessitados, com intenção de reduzir as desigualdades sociais em observância ao desenvolvimento da pessoa humana.

Assim, mais do que práticas assistencialistas da sociedade e do próprio Estado, a fraternidade consiste no dever jurídico de reconhecimento social uns com os outros.

A doutrina e jurisprudência brasileira não diferenciam esses termos, apresenta-os como valores comuns que fundamentam a existência dos direitos fundamentais de terceira geração, a exemplo do direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à preservação do ambiente, à solidariedade universal. Todos voltados à defesa de interesses comuns pelo bem da humanidade. (CLARA MACHADO, 2017, p. 104).

Clara Machado (2017, p. 110; 111) sintetiza seu entendimento ao afirmar que "o princípio da solidariedade é corolário da fraternidade, consubstanciando-se, no entanto, como princípio diverso com âmbito de proteção específica". Enquanto no princípio da solidariedade fica evidente o dever de assistência recíproca entre as pessoas, numa relação de reconhecimento e responsabilidade com os hipossuficientes; no princípio da fraternidade, impõe-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades, a partir de uma compreensão mútua.

Essa autora (2017, p. 109) demonstra a total conexão da fraternidade com o método consensual em comento, ao dispor que: "a fraternidade pode criar expectativas construtivas e possibilidades de espaços de diálogo em que, por meio da mediação de conflitos, são trabalhados e redefinidos os interesses comuns [...]".

No mesmo sentido é o pensamento de Martini Vial (2007, p. 136) quando explica a importância do Direito Fraterno para uma sociedade em transformação, ao evidenciar a mediação e a pactuação constantes, a fim de abrir novos horizontes e até contribuir para criação de propostas conjuntas para soluções de questões relacionadas à inclusão do outro no mesmo contexto relacional. (MARTINI VIAL, 2007, p. 136).

É fato que esse ideal de fraternidade ainda está em via de ser alcançado, sobretudo numa sociedade eminentemente litigante, onde as pessoas sentem dificuldades de se comunicarem e os conflitos se apresentam numa espiral destrutiva. Dessa forma, para concretização de uma sociedade fraterna, é preciso uma transformação social e cultural que possibilite novos percursos, e é nesse contexto que a mediação se apresenta como um caminho para essa mudança necessária.

Partindo desse pressuposto, conforme já defendido no tópico anterior, pode-se afirmar que a obrigatoriedade da audiência preliminar de conciliação e/ou mediação, prevista no novel procedimento processual civil pátrio, nada mais é do que a efetivação do princípio jurídico da fraternidade. Como explicitado por Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 160): "O Direito precisa ser compreendido como um instrumento de pacificação social e deve ser utilizado como uma importante ferramenta que auxilia os seres humanos a viver harmonicamente com o outro. E não apesar do outro."

Ressalte-se a importância do Direito nesse direcionamento, sobretudo porque o sistema jurídico deve "facilitar e abrir as portas à fraternidade e para ela apontar como meta, além do mais na sua função pedagógica, na mensagem cultural que transmite". (PATTO, 2013, p. 27).

Nesse sentido dispõe Clara Machado (2017, p. 169):

[...] mediação é instrumento de efetivação do princípio da fraternidade e da cidadania, já que, por meio da aproximação das partes, viabiliza-se o diálogo entre necessidade, possibilidade e alternativas de acordo com as realidades do caso. Com isso, os disputantes são protagonistas na construção da pacificação social através de tratamentos do litígio que contemplem de forma concreta a coletividade e realizem os objetivos constitucionais. Nesse caso não haverá perdedor/ganhador, uma vez que todos saem satisfeitos com o tratamento dado ao problema, fato que estimula a cultura da paz.

Constata-se, com respaldo nesse entendimento, a total vinculação entre a fraternidade e a mediação como instrumento que efetiva esse princípio. Através de um tratamento mais humanitário e o estímulo à comunicação, aspectos preciosos do conflito serão identificados, a exemplo dos interesses subjacentes que habitam o interior de cada um, proporcionando o olhar para o outro como um semelhante, capaz de cooperar para a construção de um resultado convergente.

Afinal, Andrade (2007, p. 46) *apud* Clara Machado (2017, p. 66) esclarece que a materialização da fraternidade ocorre quando há o reconhecimento da "existência e dignidade

do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade".

Esse é o verdadeiro sentido da mediação de conflitos. Com base principiológica na fraternidade, a mediação torna-se um viável caminho para a efetivação da busca da felicidade.

4 ALCANCE DA BUSCA DA FELICIDADE ATRAVÉS DA MEDIAÇÃO

Por tudo já exposto, constata-se que o fim da mediação não é somente o acordo, mas, principalmente, a transformação do conflito, já que este não é fruto de situações objetivas, mas da maneira como as pessoas enxergam uma situação e reagem a ela, de forma que se torna possível alterar o próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem.

Trata-se da percepção e compreensão dos interesses e sentimentos, e não de uma simples negociação. Aproveitar o conflito, ocasionado pela divergência de interesses, ideias e visões, para construir novas realidades mais produtivas para todos os envolvidos é concretizar os princípios defendidos pela mediação, especialmente o da fraternidade. É olhar o outro como um semelhante e, dessa forma, buscar o bem-estar recíproco.

Nesse contexto, emerge a conexão, quase que automática, entre a mediação, que tem como princípio norteador a fraternidade, e a busca da felicidade, classificada por alguns doutrinadores como um direito fundamental implícito, sob o argumento de decorrer do princípio da dignidade humana ou por ter sua importância reconhecida desde a proclamação da Declaração de Direitos Humanos. Com raiz histórica na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, em 04 de julho de 1776, é indispensável à vida humana.

É certo que a felicidade (ou a sua busca) faz parte do conjunto de aspirações dos seres humanos e, sendo o conflito parte do desenvolvimento da humanidade, resolvê-lo através da mediação é um paradigma que pode ser desenvolvido para garantir uma sociedade empoderada mais alinhada com a felicidade buscada por cada um.

4.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA BUSCA DA FELICIDADE

A busca da felicidade, além de constar em diplomas internacionais e legislações estrangeiras, tem sido fundamento de recentes decisões dos tribunais brasileiros, o que traz à lume a importância de se trabalhar o conceito de felicidade, a fim de estabelecer a sua relação com os preceitos desenvolvidos no presente estudo.

O termo felicidade é conceituado no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2004) como: “1. qualidade ou estado de feliz, estado de uma consciência plenamente satisfeita, satisfação, contentamento, bem-estar; 2. boa fortuna, sorte; 3. bom êxito, acerto, sucesso”.

A filosofia é uma importante fonte de discussão acerca da felicidade. Inúmeros filósofos cuidaram de traçar conceitos acerca desse tema, a exemplo de Aristóteles (2009, p. 59):

A felicidade é a finalidade da natureza humana como dádiva dos deuses, a felicidade é perfeita. A felicidade é um bem supremo que a existência humana deseja e persegue, de modo que a felicidade depende dos bens exteriores para ser realizada. Deste modo, é na busca da felicidade que se justifica a boa ação humana, sendo os outros bens meios para atingir o bem maior felicidade.

Thomas Hobbes (1994) *apud* Saul Leal (2013, p. 33) salienta que a "felicidade está em sua busca". Acredita, assim, que a busca da felicidade é a própria felicidade, já que "a felicidade por si só, solitária, desacompanhada dessa busca incessante, não existiria".

Para o psicanalista francês Lacan (2008, p. 342), felicidade é algo que se busca, que se demanda e chama a atenção para o fato de que "não poderia haver satisfação de ninguém fora da satisfação de todos".

Ressalte-se o entendimento do líder religioso Dalai Lama (2000, p. 9) para o qual está claro que a busca da felicidade é o próprio objetivo da vida. Independente da crença ou não em determinada religião, o fato é que "todos estamos procurando algo melhor na vida". Por isso, para ele, "o próprio movimento da nossa vida é no sentido da felicidade".

Merecem relevância também os questionamentos sobre felicidade trazidos pelo economista Giannetti (2012, p. 10):

Quais as relações entre o processo civilizatório e a felicidade humana? Os benefícios da civilização são tangíveis e passíveis de mensuração. Um conjunto expressivo de indicadores biomédicos, sociais e econômicos atesta os ganhos objetivos em termos de longevidade, saúde, escolarização, acesso a bens de consumo e tantos outros feitos derivados do progresso científico e do aumento da produtividade. Mas quais têm sido os efeitos de todas essas brilhantes conquistas no tocante à felicidade, ou seja, tendo em vista a nossa satisfação em viver e o grau de realização que esperamos e alcançamos em nossas vidas? Até que ponto a civilização moderna tem promovido ou dificultado a busca da felicidade?

Ainda o mesmo autor acrescenta que: "o propósito terreno das pessoas de carne e osso em qualquer lugar do planeta é alcançar a felicidade e fazer o melhor de que são capazes de suas vidas". Ou seja, em busca da felicidade, as pessoas são estimuladas a se esforçar para alcançar aquilo que estabelecem como metas. (GIANNETTI, 2012, p. 28).

Nesse sentido, pode-se afirmar que, em geral, as pessoas buscam um sentido para a vida, sentido este que se materializa em forma de satisfação e bem-estar, em total consonância com o que se pode associar ao termo felicidade. Importante evidenciar que esse objetivo

buscado deve estar em sintonia com o bem e com aquilo que pode fazer o outro feliz também e, dessa forma, contribuir para um bem-estar social.

Afinal, como afirma Lacan (2008, p. 373), "fazer as coisas em nome do bem, e mais ainda em nome do bem do outro, eis o que está bem longe de nos abrigar não apenas da culpa, mas de todo tipo de catástrofes interiores". Dessa forma, deve haver uma preocupação com o sentido da busca da felicidade, a fim de evitar que atitudes egocêntricas sejam valorizadas nessa trilha.

Rawls (2000, p. 6) defende esse entendimento, ao tratar sobre o papel dos princípios da justiça social e afirma que "os planos dos indivíduos precisam se encaixar uns nos outros para que as várias atividades sejam compatíveis entre si e possam ser todas executadas sem que as expectativas legítimas de cada um sofra frustrações graves".

Acrescenta esse autor que, para isso, o esquema de cooperação social deve ser estável, observando que regras básicas devem nortear as ações de forma espontânea, para que seja mantida uma certa medida do consenso sobre o que é justo e injusto, de forma que os indivíduos possam coordenar seus planos de ação com eficiência e garantir a conservação de acordos benéficos.

Assim, "a finalidade dessas condições é representar a igualdade entre os seres humanos como pessoas éticas, como criaturas que têm uma concepção do seu próprio bem e que são capazes de ter um senso de justiça". Desenvolve, assim, a "teoria do bem". (RAWLS, 2000, p. 7; 21).

Com lastro nesses valores, associa-se o sentido do termo busca da felicidade a premissas éticas, que promoverão a felicidade coletiva, com reflexos para o bem-estar social. Não se enquadra nessa análise objetivos destrutivos, que violam a concepção natural do justo. A felicidade de um não pode pressupor a violação de direitos fundamentais de outros.

Ainda na linha de pensamento de Rawls (2000, p. 33), ao analisar os princípios do justo, o filósofo atesta que existem limites impostos para estabelecer quais satisfações são válidas em um contexto de concepções razoáveis do bem pessoal. Segundo Rawls, "ao fazer planos e ao decidir sobre suas aspirações, os seres humanos devem levar em conta essas restrições".

A partir dessa concepção do bem, a respaldar a busca da felicidade, tem-se que quando as pessoas traçam seus planos de ação com base em objetivos éticos, estão a promover a satisfação e bem-estar individual e, conseqüentemente, tornando possível o alcance da felicidade coletiva, como reflexo de comportamentos positivos que interferem na cadeia de relacionamentos humanos.

Como destaca Richard Layard (2008, p. 148) *apud* Saul Leal (2017, p. 121): "uma sociedade feliz tem de ser construída sobre duas bases: (i) o maior nível de solidariedade; e (ii) os princípios morais mais sólidos de imparcialidade". Para ele, as pessoas buscam ser felizes com atividades que lhes dão mais prazer, mas evidencia que "em um mundo devidamente educado, essas atividades incluem a busca da felicidade alheia".

Muito pertinente essa observação, na medida em que, considerando as diversas definições acerca da felicidade e que cada pessoa a avalia de acordo com as suas aspirações, modo de vida, necessidades e expectativas, a observância do bem-estar do outro reflete positivamente para si e contribui para a maximização do bem-estar geral.

Dessa forma, ao aderir o bem-estar ao conceito de felicidade, como norteador do ordenamento jurídico, demonstra-se um resgate à essência do ser humano, que naturalmente a tem como objetivo a ser alcançado.

Saul Leal (2013, p. 8) esclarece a relevância desse tema, ao afirmar que "o que a dignidade da pessoa humana representou para as discussões constitucionais do século XX, a felicidade representará para o século XXI. Além do direito a uma existência digna, a humanidade tem o direito de ter uma existência feliz". Evidencia o dever do Estado de criar instrumentos (políticas públicas) que colaborem para as "aspirações de felicidade das pessoas".

Esse mesmo autor, ao fazer referência à obra de Aristóteles, já referenciada, onde este afirma que "é na busca da felicidade que se justifica a boa ação humana", faz a conexão entre a busca da felicidade e a felicidade coletiva. Ao final, exorta o respeito à diversidade e abre espaço para a construção de uma teoria baseada na jurisdição constitucional, a partir do reconhecimento de que o caminho para a felicidade, além de ter sido trabalhado por muitos filósofos, consta cada vez mais nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, como se verá. (SAUL LEAL, 2017, p. 47).

Como evidenciado por Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 209), dois séculos após o surgimento do constitucionalismo moderno, "o mundo precisa compreender que práticas solidárias mais efetivas tornaram-se imprescindíveis para atender às exigências da sociedade atual, pois sem fraternidade não haverá felicidade".

Com base nessas considerações, é valoroso afirmar que todos os seres humanos estão em busca da felicidade, conceito este que pode variar de pessoa a pessoa, mas que traz em sua essência valores associados a satisfação e bem-estar e que devem ser perseguidos com o fim maior de promover uma felicidade coletiva, que resulta numa harmonia social e evidencia valores fraternos. Nessa perspectiva, é inegável que a mediação é um dos seus instrumentos.

Parte dessa premissa o que Russel (1932, p. 157) chamou de segredo da felicidade: "The secret of happiness is this: let yours interests be as wide as possible, and let your reactions to the things and persons that interest you be as far as possible friendly rather than hostile⁴⁰".

É nesse sentido que a mediação, trabalhada como política pública no cenário nacional, representa a concretização do dever do Estado de efetivar a busca da felicidade, como adiante será ressaltado.

Para André Comte-Sponville (2010, p. 14) *apud* Saul Leal (2017, p. 189): "nos dias atuais, a felicidade não é mais uma promessa nem uma ideia política. Tornou-se um direito e, até mesmo, um dever".

4.2 A BUSCA DA FELICIDADE E SUA INTERSEÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO: PRINCÍPIO IMPLÍCITO OU POSITIVAÇÃO NECESSÁRIA?

É imperioso ressaltar que a felicidade está consagrada em diversos ordenamentos jurídicos e documentos internacionais.

Na Declaração de Independência dos Estados Unidos, a procura da felicidade consta como direito inalienável. A Constituição do Japão preceitua que todas as pessoas têm direito à busca pela felicidade e que o Estado deve garantir as condições para sua obtenção. De igual forma, a Constituição da Coréia do Sul explicita que todos têm o direito a alcançar a felicidade e o Estado deve confirmar e assegurar os direitos humanos dos indivíduos. Por sua vez, a Carta Francesa de 1958, em seu preâmbulo, também a menciona.

No ordenamento jurídico pátrio não há previsão expressa da felicidade como um direito. No entanto, tanto o Senado da República como a Câmara dos Deputados já discutiram propostas de emenda constitucional para inserção da busca da felicidade como um direito social.

A Organização das Nações Unidas, em assembleia realizada em 2011, definiu a busca da felicidade como meta fundamental humana.

Trata-se de tema que, por sua relevância e sintonia com os valores até aqui construídos, merece ser associado ao empoderamento advindo da mediação, nos termos já analisados, e é com esse intuito que se pretende discorrer sobre o assunto.

⁴⁰ O segredo da felicidade é este: permita que os seus interesses sejam o mais amplo possível e deixe suas reações às coisas e às pessoas que lhe interessam serem o mais amáveis possíveis ao invés de hostis. (tradução livre).

4.2.1 A busca da felicidade nos documentos internacionais

Explica Comparato (2005, p. 49) que o registro de nascimento dos direitos humanos na história se deu na Declaração de Direitos da Virgínia, em 1776, que assim dispunha em seu art. 1º:

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e de obter a felicidade e a segurança.

Como se vê, já havia menção à busca da felicidade nesse documento inscrito no contexto da luta pela independência dos Estados Unidos, a qual foi repetida na Declaração de Independência desse país, duas semanas após, como fundamento desses direitos inerentes à própria condição humana.

Aduz Comparato (2005, p. 49) que a busca da felicidade foi citada como "uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana".

Pontua Saul Leal (2017, p. 155; 168) que a busca da felicidade foi inserida de forma expressa, como um direito inalienável na Declaração de Independência dos Estados Unidos e que Thomas Jefferson aparece como personagem central na introdução desse direito, fornecendo material investigativo cujos debates já ultrapassam dois séculos. Ao utilizar esse termo, "ele deixa gravada sua visão segundo a qual o aparelho do Estado deve se empenhar em auxiliar os cidadãos na tarefa de obtenção de seus desejos".

Comparato (2005, p. 103) afirma que Jefferson era arguto o suficiente para saber que o direito à felicidade não era inato a ninguém e não decorria exclusivamente da virtude dos cidadãos. Defende que a dignidade humana pressupõe que todos tenham acesso às condições políticas indispensáveis à busca da felicidade.

Assim, questionamentos a respeito da intenção e inspiração de Thomas Jefferson e como esse direito vem sendo compreendido no contexto dos direitos fundamentais, na seara constitucional, são importantes para que se entenda a sua influência nos demais documentos espalhados pelo mundo.

Saul Leal (2017, p. 167-168) esclarece que a expressão não é de autoria de Jefferson, mas de George Mason, que a incluiu na Declaração de Direitos da Virgínia, em junho de 1776, vinculando-a ao gozo da vida e à liberdade. "Enquanto Mason usava a expressão 'procurar obter a felicidade', Jefferson ficou com 'direito à busca da felicidade'".

Completa que, "apesar de não haver qualquer menção à felicidade na Constituição norte-americana, os estados-membros passaram a introduzir, em suas constituições, direito à vida, liberdade e à busca da felicidade". A influência da Declaração de Independência foi tamanha, que resultou na inserção da busca da felicidade em dois terços das constituições dos estados norte-americanos. (SAUL LEAL, 2017, p. 179).

Nessa linha, a Declaração começou a inspirar o mundo, a exemplo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, documento resultante dos ideais libertários da Revolução Francesa. Essa declaração evidencia, logo de início, que "as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral", o que demonstra a noção coletiva de felicidade.

O autor ressalta que "a busca francesa por liberdade pressupunha a maximização da felicidade para o maior número de pessoas possível, bem como a diminuição das dores". Assim, a França expressa sua maturação ideológica em diversos documentos. Menos de dois anos após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1791, é criada a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, de Olympe de Gouges, onde consta no preâmbulo, para assegurar os direitos das mulheres, o objetivo maior da defesa dos bons costumes e da felicidade de todos. (SAUL LEAL, 2017, p. 203-204).

Desse modo, revestindo-se de matizes universais, era evidente o reconhecimento da felicidade coletiva como o grande projeto constitucional da França. De igual forma, houve inspiração para a independência de outros países, como se vê na Declaração de Independência do Haiti (1804), da Venezuela (1811), do Texas (1836), da Libéria (1847), do Vietnã (1945), nos termos a seguir explicitados.

No dia 01 de janeiro de 1804, houve a proclamação da independência do Haiti, cujo preâmbulo dizia: "Aujourd'hui premier Janvier, mil huit cent quatre, le Général en Chef de l'armée Indigène, accompagné des Généraux, Chefs de l'armée, convoqués à leffet de prendre les mesures qui doivent tendre au bonheur du pays⁴¹".

Na Declaração de Independência da Venezuela, por sua vez, em 05 de julho de 1811, a felicidade é mencionada em alguns trechos, dos quais se destacam:

Mas nós, que nos regozijamos por alicerçar nosso proceder em princípios melhores, e que não desejamos estabelecer nossa felicidade sobre a desgraça de nossos

⁴¹ Hoje, 1 de janeiro de 1804, o General chefe do Exército Indígena, acompanhado pelos Generais, Chefes do Exército, convocados com o objetivo de tomar as medidas que devem tender à felicidade do país. (tradução livre).

semelhantes, consideramos e declaramos nossos amigos, companheiros em nosso destino e partícipes de nossa felicidade, aqueles que, unidos a nós por laços de sangue, língua e religião, sofreram os mesmos males na ordem anterior, desde que reconheçam nossa independência absoluta [...] é nosso indispensável dever favorecer nossa preservação, segurança e felicidade, alterando essencialmente todas as formas de nossa constituição anterior". (ARMITAGE, 2011, p. 167-169 *apud* SAUL LEAL, 2017, p.187).

Do mesmo modo, na Declaração de Independência do Texas, em 2 de março de 1836, a felicidade é citada de forma expressa:

[...] o direito inerente e inalienável do povo de apegar-se aos primeiros princípios e tomar suas questões políticas nas próprias mãos em casos extremos, impõe-se como um direito voltado para si mesmo e um dever sagrado para com a posteridade, de abolir tal governo, e criar outro em seu lugar, planejado para salvá-lo de perigos iminentes, e assegurar seu bem-estar e felicidade. (ARMITAGE, 2011, p. 173-174 *apud* SAUL LEAL, 2017, p. 188).

Esse tema é tratado na Declaração de Independência da Libéria, de 16 de julho de 1847, através da qual: "todo povo tem o direito de instituir um governo, e de escolher e adotar o sistema ou forma de governo que, em sua opinião, cumprirá mais efetivamente tais objetivos e assegurar a sua felicidade, que não interfere com o justo direito de outros". (ARMITAGE, 2011, p. 179, *apud* SAUL LEAL, 2017, p. 188).

Também na Declaração de Independência do Vietnã, ocorrida em 2 de setembro de 1945, a busca da felicidade é trazida, ao lado da vida e da liberdade, como direito inalienável de todos os homens, os quais são criados iguais.

Evidencia-se, dessa forma, a trajetória da felicidade, desde a Declaração de Direitos da Virgínia e a Declaração de Independência dos Estados Unidos, em 1776, dada a influência que operou sobre os demais textos de cunho e importância internacional.

Comparato (2005, p. 54-55) expõe que a primeira fase de internacionalização dos direitos humanos finalizou com a segunda guerra mundial. A evolução e consolidação desses direitos dá-se a partir de 1945, após massacres e atrocidades advindos da segunda guerra e dos regimes totalitários fortalecidos, quando a humanidade compreendeu a dignidade humana como valor supremo.

Segundo Piovesan (2009, p. 3-4) os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte o "Direito Internacional dos Direitos Humanos", o qual surge, em meados do século XX, como resposta ao regime de terror que imperava após a segunda guerra mundial. Era necessária a reconstrução dos valores humanos, a nortear a ordem internacional.

Acrescenta a mesma autora que, com inspiração nos ideais advindos da proteção aos

direitos humanos, os quais suplantaram o domínio dos Estados e elevou os indivíduos a sujeitos de direitos, a nível internacional, surge, em 1945, a Organização das Nações Unidas e, em 1948, é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, à qual foi conferida o significado de um "código e plataforma comum de ação". Assim, "a Declaração consolida a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados". (PIOVESAN, 2009, p. 6).

O preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que antecedeu e serviu de base para a Declaração Universal, assim dispõe:

Considerando: Que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade (...)

Dessa forma, é introduzida a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade⁴² e indivisibilidade⁴³ desses direitos, sendo a dignidade humana o seu fundamento e a busca da felicidade o seu objetivo. Consequentemente, o Direito internacional de direitos humanos desenvolve-se, com a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção dos direitos fundamentais.

Para consolidar esse objetivo, a Organização das Nações Unidas (ONU), em sua Assembleia Geral ocorrida em 13 de julho de 2011, classifica a busca da felicidade como “meta fundamental humana”, nos seguintes termos:

[...] reconhecendo a necessidade de promover o desenvolvimento sustentável e atingir as Metas de Desenvolvimento do Milênio, 1. Convida os Estados Membros a perseguirem a elaboração de indicadores adicionais que melhor capturem a importância da busca da felicidade e do bem-estar no desenvolvimento, com vistas a orientar suas políticas públicas [...].

Assim, solidifica-se a ideia de que a busca da felicidade, assim como qualquer outro direito fundamental, é condição inerente a todo ser humano e o Estado Democrático de Direito deve promover os meios de garantir a sua obtenção.

Em 28 de junho de 2012, a Assembleia Geral da ONU instituiu o dia 20 de março como "Dia Internacional da Felicidade", ao tempo em que ratificou a felicidade e o bem-estar

⁴² "Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos". (PIOVESAN, 2009, p. 6).

⁴³ "Indivisibilidade porque o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais". (PIOVESAN, 2009, p. 6).

como aspirações universais dos seres humanos, os quais devem ser trabalhados como políticas públicas de governo dos países-membros.

Acontecimentos como esse respaldam a importância que o cenário mundial vem atribuindo ao tema "felicidade", o que deixa de ser algo abstrato e passa a ser, cada vez mais, objeto de estudo de pesquisadores conceituados. Atinge-se, dessa forma, o estágio fraternal dos direitos humanos, quando se busca a felicidade como objetivo a ser atingido por cada um.

A busca da felicidade também consta na temática constitucional de diversos países, como um direito social, a exemplo do Japão, Coreia do Sul, França e Butão, como se demonstrará a seguir.

4.2.2 A busca da felicidade no ordenamento jurídico estrangeiro

Defende Saul Leal (2017, p. 205) que o movimento constitucionalista, com raiz na Revolução Francesa, teve uma preocupação, do início ao fim, com a felicidade, uma vez que foi tratada com respaldo nos documentos históricos mais importantes. A felicidade era o fim específico do projeto constitucional.

Como já visto, dois terços das constituições dos estados norte-americanos, sob influência da Declaração de Independência, inseriram a busca da felicidade em seus textos. Também em sintonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, vários países consignaram a busca da felicidade como um direito social.

A Constituição do Japão assim preceitua em seu art. 13:

Todas as pessoas deverão ser respeitadas como indivíduos. O direito à vida, liberdade, a busca pela felicidade, contanto que não interfira no bem-estar público comum, serão de suprema consideração na legislação e em outras instâncias governamentais.

Vislumbra-se, nesse documento japonês, a expressa referência à busca da felicidade em direção ao bem-estar comum, o que se coaduna com o sentido de felicidade coletiva que deve ser objetivo de maior relevância assumido pelas instâncias governamentais e pelo parlamento.

A Constituição da Coreia do Sul, promulgada em 1948, também se refere à busca da felicidade nos seguintes termos:

Article 10 [Dignity, Pursuit of Happiness]

All citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursue happiness. It shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals⁴⁴.

Também merece destaque a Constituição da França, aprovada pela Convenção Nacional, em 24 de julho de 1793, cujo preâmbulo se refere expressamente à Declaração dos Direitos do Homem: "O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789 [...]".

Ao fazer essa referência, trouxe os preceitos defendidos por esse documento, no qual a felicidade se destaca, o que demonstra a intenção de vincular esse tema ao seu texto. Em seu art. 1º, de forma mais direta, preceitua que: "o objetivo da sociedade é a felicidade comum".

Saul Leal (2017, p. 196) salienta que "a nova Constituição francesa dava ao povo o sufrágio universal, o direito de insurreição, trabalho ou subsistência, e a declaração oficial de que a felicidade de todos era o objetivo do governo". Nota-se a influência direta da Declaração de Independência dos Estados Unidos, que evidenciou a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

Pertinente destacar, com espeque no estudo desenvolvido por Saul Leal (2017, p. 204-205), que no século XXI, por meio do então presidente Nicolas Sarkozy, foi criada uma comissão com o objetivo de resgatar os ideais de felicidade coletiva, direcionando-os como elementos norteadores de políticas públicas a serem implementadas pelo governo da França. Em fevereiro de 2008, a comissão presidida por Joseph Stiglitz (Universidade de Columbia) e Amartya Sen (Universidade de Harvard) integraram indicadores sociais como o bem-estar e a qualidade de vida no cálculo da riqueza das nações.

Consagra-se uma aliança definitiva entre a felicidade e a jurisdição constitucional, tendente a influenciar o constitucionalismo contemporâneo e introduzir valores como o "bem-estar" na busca da felicidade, sobretudo quanto ao ideal de felicidade coletiva, que passa a nortear determinadas políticas públicas governamentais.

Com relevante menção ao tema, destaca-se a Constituição do Butão, de 18 de julho de 2008, que em seu texto, citado por Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 211), tanto no preâmbulo quanto nos artigos 9º e 20, dispõe que:

⁴⁴ A todos os cidadãos serão assegurados o valor e a dignidade humana e o direito à busca da felicidade. Será dever do Estado confirmar e garantir aos indivíduos os direitos humanos fundamentais e invioláveis. (tradução livre).

SOLENEMENTE comprometendo-nos a fortalecer a soberania do Butão, para proteger os benefícios da liberdade, para assegurar a justiça e a tranquilidade e para reforçar a unidade, felicidade e bem-estar do povo e de todos os tempos.

[...]

Art. 9º, 2. O Estado deve esforçar-se para promover as condições que permitam a busca da Felicidade Nacional Bruta.

[...]

Art. 20º, 1. O Governo deve proteger e fortalecer a soberania do Reino, proporcionar boa administração, e garantir a paz, a segurança, o bem-estar e a felicidade das pessoas.

Como visto, a busca da felicidade foi tema primordial também na Constituição do Reino de Butão, onde foi inserido um indicador específico para medir o que se denominou de "Felicidade Interna Bruta" ou "Índice Nacional de Felicidade".

Trata-se de relevante inovação, com ênfase no equilíbrio entre bem-estar material, espiritual, emocional e cultural. Ao caracterizar a felicidade como um índice, estabelece-se um fundamento científico ao tema. Destaca-se nessa vertente, a pesquisadora Carol Graham (2009, p. 585), para quem: "the study of happiness has started to be recognised as a science, and emphasis is increasingly being placed up-on the need for measures of happiness that can act as national well-being indicators with which GNP data can be comple- mented"⁴⁵.

Derek Bok (2010, p. 4) *apud* Saul Leal (2017, p. 277) lembra que "a Grã-Bretanha, a China e a Austrália estão considerando o uso de índices oficiais de felicidade, além das medidas convencionais econômicas de prosperidade e crescimento". O autor cita que o índice de felicidade está estático na Grã-Bretanha desde 1975, cenário consolidado mesmo ocorrendo consideráveis aumentos de renda reais em todos os pontos de distribuição de renda.

Esse fato, por si só, torna evidente que o crescimento econômico não está necessariamente associado ao aumento de felicidade, motivo pelo qual os índices estabelecidos devem levar em consideração outros fatores associados à satisfação e bem-estar. Quanto a esse assunto, Amartya Sen (2011, p. 229) conclui que "há considerável evidência empírica de que, em muitas partes do mundo, mesmo quando se tornam mais ricas, com rendas reais muito maiores que antes, as pessoas não se sentem particularmente mais felizes".

Saul Leal (2017, p. 233-234) alerta para o cuidado em direcionar a questão da felicidade para o constitucionalismo contemporâneo, de forma que esse discurso não sirva para desviar suas finalidades. Leal acredita que o governo pode contribuir, de fato, para a felicidade coletiva, desde que a mantenha atrelada aos direitos fundamentais.

⁴⁵ O estudo da felicidade começou a ser reconhecido como uma ciência, e a ênfase está cada vez mais colocada na necessidade de medidas de felicidade que podem atuar como indicadores nacionais de bem-estar com os quais os dados do PIB podem ser complementados. (tradução livre).

Ou seja, não se pode estabelecer índices de mensuração de felicidade sem a garantia dos direitos fundamentais humanos. Essa aferição deve levar em consideração aspectos intrínsecos ao ser humano voltados para a igualdade, liberdade e segurança. Sem que esses direitos fundamentais sejam assegurados, não há que se falar em felicidade, a qual não pode ser medida por critérios definidos de forma unilateral pelo Estado.

Essa postura, também adotada pelo Poder Executivo francês, no sentido de, através de pesquisas, aferir quais políticas públicas causam felicidade às pessoas, baseou-se no bem-estar de todos, postulado clássico que também consta inúmeras vezes na Constituição Brasileira de 1988. (SAUL LEAL, 2017, p. 208).

Observa-se, dessa forma, a estrita vinculação entre os conceitos de "bem-estar" e "felicidade".

4.2.3 A busca da felicidade no ordenamento jurídico brasileiro

Como salientado por Saul Leal (2013, p. 219; 223): "A consulta aos registros históricos inerentes ao processo de independência do Brasil mostra que a felicidade foi elemento central de todos os debates [...]". Acrescenta que, durante o ano de 1822, a felicidade foi tema de referência e, em 21 de maio, quando o príncipe noticiou ao pai a convocação das Cortes Brasileiras, afirmou: "Sem Cortes, o Brasil não pode ser feliz".

José Bonifácio, ao abrir a Assembleia Constituinte, na defesa do Imperador, sobre o qual exercia extrema influência, pediu uma Constituição capaz de conceder "aquela liberdade que fez a felicidade do Estado e não a liberdade que dura momentos e que é sempre causa e fim de terríveis desordens". Partindo desse pressuposto, o imperador, D. Pedro, defendeu a felicidade como premissa de seus discursos libertadores. (SAUL LEAL, 2017, p. 223).

Saul Leal (2013, p. 158) chama a atenção para o fato de que o Brasil fez sua aliança com a felicidade enquanto objetivo primeiro do Estado praticamente no mesmo período em que fizera os Estados Unidos e a França. "Todos esses movimentos emancipacionistas marchavam unidos na busca pela concretização desse ideal maior".

Logo, a felicidade fez parte da gênese do constitucionalismo brasileiro, desde o seu processo de independência.

No ordenamento jurídico pátrio atual não há previsão expressa da busca da felicidade. No entanto, tanto o Senado da República como a Câmara dos Deputados já discutiram propostas de emenda constitucional, de iniciativa do Senador Cristovam Buarque e da Deputada Manuela D'Ávila, a fim de inserir o direito à busca da felicidade no rol art. 6º da

Constituição Federal, como direito social e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, respectivamente.

Em suas justificativas às propostas n. 19/2010 (Senado Federal) e n. 513/2010 (Câmara Federal), os respectivos parlamentares propositores utilizaram como mesma fundamentação o seguinte:

Na Declaração de direitos da Virgínia (EUA, 1776), outorgava-se aos homens o direito de buscar e conquistar a felicidade; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) há a primeira noção coletiva de felicidade, determinando-se que as reivindicações dos indivíduos sempre se voltarão à felicidade geral. Hoje, o preâmbulo da Carta Francesa de 1958 consagra a adesão do povo francês aos Direitos Humanos consagrados na Declaração de 1789, dentre os quais se inclui toda a evidência, à felicidade geral ali preconizada.

Nas duas propostas houve a menção à busca da felicidade individual como pressuposto do objetivo maior da felicidade coletiva. Ocorre que, em que pese terem sido aprovadas pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), ambas foram arquivadas pelo término da legislatura, em dezembro de 2014⁴⁶.

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm fundamentado suas decisões na busca da felicidade e a reconhecem, inclusive, como direito fundamental.

Segundo o voto proferido pelo relator Ministro Celso de Mello, no Recurso Extraordinário n. 477.554/MG, que trata sobre união civil de pessoas do mesmo sexo:

O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade (...)

O ministro Carlos Velloso assim se pronunciou no Agravo de Instrumento de n. 548.146/AM:

(...) uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade. Noutras palavras, o direito não existe como forma de tornar amarga a vida dos seus destinatários, senão de fazê-la feliz.

⁴⁶ <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97622>.

Da mesma forma, o voto do Ministro Celso de Mello que, ao julgar a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de n. 3510, assim se posicionou:

Permitirá a esses milhões de brasileiros, que hoje sofrem e que hoje se acham postos à margem da vida, o exercício concreto de um direito básico e inalienável que é o direito à busca da felicidade e também o direito de viver com dignidade, direito de que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado.

Em julgamento do Recurso Especial n. 1157273/RN, onde foi relatora a Ministra Nancy Andrighi, houve o seguinte pronunciamento:

Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade (...) Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. - Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei.

Tratam-se de decisões de grande repercussão, onde a busca da felicidade é considerada princípio implícito fundamental, referenciado mundialmente e norteador da dignidade humana.

Para Saul Leal (2017, p. 322), trata-se de um "direito amplo à felicidade", na medida em que, de forma expressa, a jurisdição constitucional, através das decisões Supremo Tribunal Federal, tem protegido a felicidade coletiva e, dessa forma, consubstanciado está o direito à felicidade, afinal "algo vazio não poderia ser o alvo de uma decisão judicial". Diante das possibilidades fáticas e jurídicas, há que se buscar um máximo grau de felicidade ao fazer ou deixar de fazer algo que se queira.

Nesses termos, não há que se falar em necessidade de positivação para que a busca da felicidade exerça a sua força normativa. O Supremo Tribunal Federal assim tem demonstrado.

Em que pese a palavra felicidade não constar de forma expressa no texto da Constituição Brasileira de 1988⁴⁷, tem-se que a expressão bem-estar aparece de forma

⁴⁷ Art. 23, parágrafo único, CF/88. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Art. 182, CF/88. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

reiterada, sobretudo no preâmbulo, no qual consta que ao Estado Democrático cabe assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Saul Leal (2017, p. 270) defende que a expressão bem-estar "é a maneira neutra que a dogmática constitucional contemporânea optou para tratar um prisma da felicidade". Ainda que tenha sido adotada como forma de assegurar o "estado do bem-estar social", nada impede que, hoje, não possa servir de "porta de entrada para a teoria da felicidade".

Essa linha de pensamento é consolidada pela seguinte afirmação:

O que defendemos, portanto, é que a Constituição Federal de 1988 ampara o direito à felicidade explicitamente, quando trata do bem-estar e, implicitamente, quando possibilita que ele ingresse no ordenamento jurídico brasileiro aliado a outros dispositivos constitucionais, como o direito à liberdade (direito à busca da felicidade) ou o direito à saúde (direito prestacional à felicidade). (SAUL LEAL, 2017, p. 271).

Aliado a esse entendimento está o art. 5º, §2º, da Constituição brasileira de 1988, onde está previsto que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ou seja, como signatário de documentos internacionais, o Brasil aderiu, de forma expressa, à busca da felicidade.

Por fim, uma premissa defendida por Saul Leal (2017, p. 269) é a de que a Constituição não se basta em seu texto, já que esta traz consigo, embutido na sua redação, princípios relacionados, os quais não se encontram de forma expressa, mas estão inseridos em seu conteúdo, integrando ao conceito de Constituição e, inclusive, servindo como parâmetro para aferição da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo. São denominados de princípios constitucionais implícitos.

Art. 186, IV, CF/88. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Art. 193, CF/88. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 219, CF/88. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do país, nos termos da lei federal.

Art. 230, CF/88. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Art. 231, §1º, CF/88. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

4.3 EFETIVAÇÃO DA BUSCA DA FELICIDADE PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: UM DIREITO FUNDAMENTAL?

Os direitos humanos são definidos por Ramos (2015, p. 38) como “um conjunto mínimo de direitos necessários para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade, igualdade e na dignidade”.

Ramos (2015, p. 40) prossegue afirmando que a doutrina e o direito positivo utilizam diversos termos e expressões para traduzir o conceito dos chamados “direitos humanos”, tais como “direitos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do homem”, “direitos da pessoa”, “direitos individuais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos públicos subjetivos”.

Como exemplo, cita a Constituição Federal Brasileira de 1988 em diversos artigos, além de outros diplomas internacionais como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Carta da Organização das Nações Unidas.

Os direitos humanos, ao serem reconhecidos e positivados nas constituições, leis e tratados internacionais passam a ser chamados de direitos fundamentais e dessa forma mantém íntima conexão com aqueles.

Segundo Comparato (2005, p. 57), esse reconhecimento oficial dos direitos humanos pelas autoridades políticas competentes garante uma maior segurança às relações sociais, além de exercer função pedagógica para a sociedade, com a garantia de valores éticos e consciência ética coletiva. Isso quer dizer que “a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais”.

Percebe-se que, na evolução das gerações dos direitos fundamentais, conforme Sarlet (2012, p. 79), o Estado, na primeira fase, deveria abster-se de atuar, já que o direito à liberdade e a vontade individual predominavam sobre os interesses estatais. Num segundo momento, em decorrência dos abusos ocorridos com a industrialização, especialmente quanto aos direitos dos trabalhadores, passou-se a exigir maior atuação do Estado na defesa da dignidade da pessoa humana, período denominado de Estado Social, no qual foram assegurados direitos coletivos e individuais da humanidade.

Nessas circunstâncias, surge o Estado intervencionista e os direitos sociais, consagrados no art. 6º da Constituição Federal Brasileira de 1988, foram evidenciados e a

sociedade passou a cobrá-los através de políticas públicas. Nesse contexto, o direito à busca da felicidade surge como uma decorrência dos direitos sociais, a ser buscado por cada um.

A Felicidade, como bem pontua Schafranski (2012), decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma aspiração universal, e a Organização das Nações Unidas (ONU) a reconheceu como direito humano fundamental, constituindo objetivo fundamental de toda e qualquer política pública a ser adotada pelo Estado.

Sabe-se que, como política pública, a mediação é introduzida no cenário nacional, através da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, conforme já tratado, e traz como uma de suas premissas intrínsecas e implícitas a busca da felicidade.

O Estado, imbuído de seu dever de garantir o direito fundamental à felicidade, já que consagrou o bem-estar como objetivo constitucional, introduz esse método consensual, de forma expressa, em capítulo específico que trata das normas fundamentais, nos artigos iniciais do atual Diploma Processual Civil. Trata-se da consolidação de uma política pública que deve ser, cuidadosamente, trabalhada para que seus princípios sejam assegurados.

Ao trabalhar a comunicação e o entendimento das partes, outras finalidades são atingidas, a exemplo da melhoria do relacionamento entre os envolvidos e o crescimento pessoal. Ao serem responsáveis pela construção da solução, estimula-se a percepção de que as pessoas são capazes de determinar suas vidas, dignificando-as.

Instrumento de pacificação social, a mediação promove a autonomia do indivíduo, a cidadania e a concretização da democracia, princípio basilar do estado, pois tem a virtude de educar para as diferenças entre os indivíduos e estimular a tomada de decisões sem a intervenção de terceiros que imponham suas decisões aos litigantes, representando um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, de acesso à justiça e de obtenção da felicidade.

Para Rawls (2000, p. 452), uma pessoa pode ser considerada feliz quando está a caminho de concretizar, de forma mais ou menos bem sucedida, um plano racional de vida, planejado de forma mais ou menos favorável, na confiança de que esse plano é possível de ser realizado. A felicidade consiste no sucesso dos planos traçados por cada um e, considerando, sua racionalidade, varia de pessoa a pessoa, de maneira que indivíduos diferentes encontram a sua felicidade de diferentes formas.

No contexto da mediação, pretende-se tornar possível a execução do plano racional dos envolvidos. Ao definir as questões a serem solucionadas, com base nos interesses e sentimentos que permeiam as circunstâncias fáticas em que estão inseridas, possibilita-se que os planos de ação de cada um sejam colocados em sintonia uns com os outros.

A confiança estabelecida permite que eventuais compromissos firmados sejam legítimos e que algo maior se consolide, promovendo o bem-estar recíproco advindo de uma solução construída pelo empoderamento dos indivíduos.

Para respaldar esse entendimento, em 2015, houve uma reunião na sede da Organização das Nações Unidas, na qual líderes mundiais traçaram um plano de ação para eradicação da pobreza, proteção do planeta e garantia do alcance da paz e prosperidade.

Esse plano de ação resultou na Agenda 2030 das Nações Unidas, a qual tem como compromisso dar continuidade às conquistas dos "Objetivos de Desenvolvimento do Milênio" (ODM), além de buscar atingir suas metas inacabadas. Foram estipulados dezessete "Objetivos de Desenvolvimento Sustentável" (ODS) e 169 metas que compõem a agenda. Através de uma visão transformadora, trazem, de forma explícita, o cuidado em assegurar o bem-estar.

Dessa forma, o bem-estar é assunto do objetivo de número 3 que assim dispõe: "Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades". Com o propósito maior de garantir o respeito universal dos direitos humanos e da dignidade humana, destaca-se, também, o objetivo de número 16: "Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis". (ONU, Agenda 2030).

Assim, evidencia-se temas como "bem-estar", "promoção da pacificação social", "acesso à justiça" e "inclusão", todos associados ao presente estudo, que se coadunam com os preceitos defendidos pela mediação de conflitos e a torna instrumento da busca da felicidade, reconhecida, também pela ONU, como meta fundamental humana.

Para concluir, na linha de pensamento de Alexy (2015, p. 90; 121), pode-se configurar o caráter principiológico da felicidade, já que: "princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes". Aduz, ainda, que, em alguns casos, o Tribunal Constitucional Federal concebe as normas de direitos fundamentais como princípios.

Saul Leal (2017, p. 292), em consonância com essa posição, afirma que o direito amplo à felicidade se reveste de características principiológicas, sendo-lhe atribuído cada vez mais eficácia a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas imanentes, motivo pelo qual funciona com perfeição como um mandamento de otimização fundamental para determinados tipos de situação.

A felicidade (ou a sua busca) é considerada um direito fundamental, como visto, com fundamento de validade no preâmbulo da Constituição Federal Brasileira de 1988, que dispõe que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica de controvérsias.

Assevera Bonat (2005, p. 161), ao evidenciar o pensamento de Ernst Bloch *apud* Albornoz (1985, p. 19):

[...] o autor coloca como definidora da natureza do homem a "busca pela felicidade", que não se resume na ideia de que, ou o homem deve abdicar de sua personalidade e de seu destino pessoal para integrar-se a uma felicidade preexistente, ou integrar-se à noção de uma felicidade que jamais será conquistada, embora seja sempre prometida. Para Bloch, a felicidade demarca um fim, o qual, ao contrário do que se possa crer, é apenas o começo.

Partindo desse pressuposto, a felicidade não é algo preexistente e consolidado, mas que se busca, posto que, sempre prometida. Associar a mediação a essa busca nada mais é do que consolidar a esperança e tornar os envolvidos capazes de examinar questões, negociar interesses e, sobretudo, de enfrentar eventuais conflitos futuros de forma eficaz e harmônica, empoderando-os e conduzindo-os para a harmonização social.

Conforme salienta Fiorelli (2008, p. 44). “Na mediação, migra-se da barganha por posições, que apenas gera emoções negativas, para o reconhecimento dos interesses e busca de opções por trás das posições manifestas”. É com esse intuito que se pretende tornar as relações humanas mais fraternas, com vistas a estabelecer uma linha de conexão entre as pessoas.

Parte-se de um plano individual para algo maior, que é educar a sociedade para que os cidadãos estejam preparados para lidar com situações adversas de forma prospectiva, o que trará como consequência a satisfação pessoal e promoverá uma felicidade coletiva.

Conforme preceitua Araújo (2000, p. 74):

Não se concebe a ideia de que o Estado Moderno deva buscar um caminho diferente daquele que pressupõe a felicidade de seus componentes. O homem se organiza para obter felicidade. Submete-se ao regramento do Estado, aceita suas regras, paga os impostos, limita-se, sabendo, no entanto, que os fins dessa associação só podem levar à busca da felicidade.

Nessa direção, o trabalho desenvolvido através da mediação poderá ofertar um tratamento mais adequado e fraterno, a fim de alcançar a pessoa humana no âmago de sua dignidade. Norteados em bases humanistas e com fundamento no princípio da fraternidade, o

empoderamento construído e solidificado, nos termos expostos, através da mediação, demonstra ser o caminho trilhado em busca da felicidade.

Com fulcro na sapiência de Warat (2004, p. 114), conclui-se o presente estudo com a certeza de que:

Chegou a hora de devolver à cidadania e aos Direitos Humanos suas possibilidades de humanizar nossa relação com os outros, principalmente, por intermédio de um Direito comprometido com a humanização de suas funções nos conflitos, o Direito da mediação.

Mais do que um instrumento de efetivação da busca da felicidade, por que não considerar a mediação um direito humano fundamental?

5 CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar em que circunstâncias a mediação promove o empoderamento dos indivíduos, de maneira a ser considerada instrumento de efetivação da busca da felicidade.

Partiu-se da análise dos métodos autocompositivos e da evolução do conceito de acesso à justiça e verificou-se que o princípio do acesso à justiça, que num primeiro momento significou acesso ao Judiciário, em sua atual concepção, prima pelo atendimento de valores sociais e ao acesso à ordem jurídica justa, voltada à satisfação das partes e alcance da pessoa humana. Os métodos autocompositivos são apontados como o melhor meio de alcance desse objetivo, com ênfase para a mediação de conflitos.

Como consequência dessa nova hermenêutica do acesso à justiça, em 2010, a Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça passou a exigir do Judiciário, bem como da sociedade, um novo olhar para a conciliação, ao tempo em que inseriu a mediação no cenário jurídico brasileiro. Iniciou-se uma política pública de tratamento adequado de conflitos, que se consolidou com a vigência da Lei de Mediação e o atual Código de Processo Civil.

Constatou-se que a mediação se destaca, entre os métodos consensuais de resolução de conflitos, como instrumento de empoderamento e de efetivação da paz social, uma vez que trata os envolvidos no litígio de maneira diferenciada, educando-os para que sejam capazes de resolver suas próprias controvérsias, presentes ou futuras. Dessa forma, há a percepção do conflito sob um enfoque positivo, a partir da premissa de que este pode ser transformado, ao invés de resolvido.

Verificou-se que a conciliação e a mediação receberam tratamentos específicos pelo ordenamento processual civil brasileiro, mormente pelo fato de que, historicamente, o instituto da conciliação já fazia parte do cenário brasileiro, sem contudo haver a preocupação com a técnica e humanização dos resultados. Assim, no presente momento, todas as atenções dessa política pública devem estar voltadas para uma eficiente capacitação dos conciliadores e mediadores.

Percebeu-se que, na prática, os institutos se confundem, de maneira que muitas conciliações estão sendo equiparadas a mediações e vice-versa. Nesse sentido, apurou-se que a celeuma conceitual que se instaurou deve ser resolvida com a percepção de que o facilitador, independente de ser chamado de mediador ou conciliador, deve ser capacitado para trabalhar

o conflito em sua forma mais ampla, para que, diante de um caso concreto, possa migrar a sua forma de atuação para atender as peculiaridades advindas de cada situação real.

Confirmou-se, portanto, a hipótese de que não se justifica requisitos diferenciados para a formação em conciliador ou mediador. Em que pese haver uma tendência para que se trabalhe de forma mais restrita ou ampla, as nomenclaturas utilizadas não podem tolher a atuação dos facilitadores. O gráfico de Riskin trouxe o esclarecimento de que deve haver um espaço de atuação discricionária para o mediador, ao tempo em que consolidou o entendimento de que a conciliação está contida no gênero mediação.

Demonstrou-se que é preciso o comprometimento de todos que estão direcionando essa política pública de tratamento adequado de conflitos, no sentido de superação das atuais falhas existentes nos cursos de formação de mediadores, notadamente voltados ao acordo, quando devem privilegiar os interesses e sentimentos envolvidos no contexto fático. Somente assim, o antigo modelo da conciliação será readequado para um formato mais humanizado.

Outrossim, revelou-se que o exercício do ofício de mediador requer muito mais do que a conclusão de um curso e uma certificação; é necessário perfil e compromisso perene em exercer tão nobre função. Além disso, diante dessa nova realidade que se apresenta, faz-se necessário enfrentar as barreiras a serem ultrapassadas diante da cultura demandista que se impõe como desafios do ensino jurídico.

Evidenciou-se a importância de haver disciplina obrigatória que trate da temática, a fim de proporcionar uma mudança de mentalidade do operador do Direito, o que de fato contribuirá para a construção de uma sociedade mais justa. De igual forma, aspectos metodológicos devem primar pelo estímulo dos estudantes para essa nova e ideal forma de fazer justiça. Além disso, os estágios das universidades devem proporcionar essa vivência necessária.

Comprovou-se, a partir da análise da teoria dos jogos, que a função da mediação é fazer com que as partes envolvidas num conflito entendam que a conduta cooperativa é a melhor opção para maximizar seus próprios ganhos, o que trará como consequência a geração de benefícios mútuos e o alcance do equilíbrio de Nash. Esse equilíbrio só é atingido quando todos estão satisfeitos com os resultados e não há incentivo para voltarem atrás, caso houvesse essa possibilidade no futuro.

Para atingir tal intento cooperativo, constatou-se a importância da comunicação para o desenvolvimento de diálogos construtivos e valorização da participação dos envolvidos na construção de consensos legítimos, que alcancem os interesses, necessidades e sentimentos que circundam o contexto conflituoso.

Demonstrou-se, com base no conceito de racionalidade comunicativa, extraído da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, que o empoderamento advindo da mediação de conflitos só é atingido quando garantido aos envolvidos um ambiente de situação ideal de fala, onde o mediador deve assegurar a igualdade entre os falantes e eliminar qualquer pressão externa que possa gerar um desequilíbrio de poder e, dessa forma, promover o entendimento.

Nesses termos, apurou-se que as pretensões de validade (sinceridade, veracidade e correção normativa) devem ser afiançadas nos contextos dialógicos, através dos preceitos de uma comunicação não violenta e das técnicas de mediação, para o alcance do empoderamento dos indivíduos. Promotor de consensos legítimos, o empoderamento torna possível a emancipação da pessoa e da comunidade da qual participa, promovendo a pacificação social.

A hipótese de que esse ambiente é possível na esfera do Judiciário se confirmou, desde que haja cuidado e compromisso dos órgãos competentes em fiscalizar a atuação dos mediadores e primar pela devida capacitação destes. Afinal, o sucesso dessa política pública depende da qualidade do serviço prestado e da confiança e satisfação dos seus usuários.

Confirmou-se, também, a necessidade da mediação estar sendo enfatizada no ambiente do Judiciário, em face da cultura demandista que ainda se impõe e que direciona os indivíduos a esse órgão para solucionar qualquer tipo de conflito. Por conta disso, devem os Tribunais funcionar como "fórum de múltiplas portas", e através dos seus centros judiciários realizar a correta triagem dos casos para os devidos encaminhamentos aos procedimentos mais adequados.

Dessa forma, foi possível ratificar que o mediador deve ser alguém devidamente capacitado para, através de suas habilidades cognitivas e aplicação de técnicas de mediação, atuar como facilitador do diálogo, com o intuito de tornar a comunicação produtiva e garantir situações ideais de fala, que promovam o equilíbrio entre os falantes, sobretudo no âmbito do Judiciário.

A ideia é empoderar os indivíduos, com igualdade de forças e de entendimento, para que se sintam capazes de construir, de forma legítima, a solução que atenda a justiça de cada um, em observância aos princípios basilares da mediação. Nessa perspectiva, educa-se as pessoas para que, no futuro, o Judiciário devolva para a sociedade, a capacidade de comunicação e resolução de seus próprios conflitos.

Após a estruturação de toda a pesquisa houve a comprovação de que a mediação, quando promotora de um ambiente comunicacional ideal, é capaz de transformar comportamentos, através da percepção de que todos fazem parte de uma rede de

relacionamentos, onde o comportamento de um interfere no do outro, evidenciando a fraternidade como base principiológica da mediação.

Por fim, o estudo da busca da felicidade, como tema de relevância no decorrer da história, trouxe à pesquisa a certeza de que a humanidade a tem como objetivo de vida. A felicidade, sentimento de aspiração universal, é conceito que reflete harmonia e bem-estar, e é alcançada quando as pessoas agem no sentido de colocar seus planos de ação em sintonia uns com os outros, a fim de que a comunicação seja regida por uma busca sincera de entendimento.

Apurou-se que a inserção do princípio da promoção pelo Estado da solução por autocomposição, consagrado pelo atual Código de Processo Civil como norma fundamental, nada mais é do que a concretização do princípio da fraternidade e do dever do Estado de garantir a busca da felicidade, através da percepção de que o Direito deve ser compreendido como um instrumento de pacificação social.

Dessa forma, conclui-se que a busca da felicidade é um direito humano fundamental e que a mediação será o seu instrumento quando o empoderamento proporcionado por este método obedecer aos preceitos de validade habermasianos, aptos a permitir ambientes de comunicação ideal, baseados em valores democráticos e fraternos, com vistas a educar a sociedade para a construção de consensos legítimos, como garantia de um efetivo acesso à justiça e, conseqüentemente, da felicidade.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, Maria Luísa. **A Teoria dos Jogos e os Oligopólios**. 1. ed. Luanda: Multitema, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de Almeida; PANTOJA, Fernanda Medina Pantoja; ANDRADE, Juliana Loss de. Fundamentos. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**. Comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 35-90.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A Teoria dos Jogos: Uma Fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa**. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 175-200.

ALMEIDA, María Alba Aiello de e ALMEIDA, Mario. **Mediación y Conciliación**. Comentario exegético de la ley 26.589 y su regulamentación. Buenos Aires: Astrea, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A Proteção Constitucional do Transexual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. 3. ed. Bauru: Edipro, 2009.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. 65ª Sessão. 13 de julho de 2011. **Felicidade em direção a uma abordagem holística para o desenvolvimento**. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/onu-reconhece-felicidade-como-questao-de-estado/>. Acesso em 09ago.2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 4. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

_____. **Manual de mediação judicial**. 6. ed. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-22.

_____. Autocomposição em processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. In: _____ (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. p. 137-160.

_____. O estágio supervisionado e seus instrumentos de formação de mediadores judiciais: uma análise de um como componente fundamental das políticas públicas. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 87-114.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Integração de competências e mudança de cultura para o desempenho das atividades de conciliador e mediador. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: Ipam, 2016. p. 3-16.

BAGGIO, Antonio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. Pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: _____ (Org). **O Princípio Esquecido/1**. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 25-55.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: _____ (Org). **O Princípio Esquecido/2**. Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução: Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 85-130.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar Interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BONAT, Debora. Filosofia jurídica e princípios humanistas: Gustav Radbruch, Ernst Bloch e Norberto Bobbio. In: Antonio Carlos Wolkmer (Coord.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. São Paulo: Manole Ltda, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. **Resolução CES/CNE n. 9 de 29 de setembro de 2004**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. **Portaria n. 2864 de 24 de agosto de 2005**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/portaria2864-2005.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Recurso Extraordinário n. 477554**. Recorrentes: Carmem Mello de Aquino Neta, representada por Elisabeth Alves Cabral e outros. Recorrido: Instituto de Previdência dos Servidores do Estado de Minas Gerais - IPSEMG Relator: Ministro Celso de Mello. DJe-164. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20623277/agreg-no-recurso-extraordinario-re-477554-mg-stf>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Agravo de Instrumento n. 548.146**. Agravante: Estado do Amazonas. Agravados: PGE-AM, Marcelo Augusto A. Da Cunha, Zedequias Rodrigues Da Silva, Aline Maria Pereira Mendonça Landim e outros Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ 10/02/2006. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20090528_099.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**. Acionante: Procurador Geral da República. Acionados:

Presidente da República e outros. Relator: Carlos Ayres de Britto. DJe-096 Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em: 08jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial n. 1157273**. Recorrente: D A DE O. Recorrido: A L C G e outros. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJe 07/06/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14339099/recurso-especial-resp-1157273-rn-2009-0189223-0/inteiro-teor-14339100>>. Acesso em: 08jul. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 19 de 2010**. Autor: Senador Cristovam Buarque. Data de apresentação: 07-07-2010. Arquivada: 26-12-2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97622>. Acesso em: 08jul. 2015.

BRASIL. Câmara Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 513 de 2010**. Autor: Deputada Manuela D'Ávila. Data de apresentação: 04-08-2010. Arquivada: 31-01-2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484478>>. Acesso em: 08jul. 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55-68.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Atualidade da teoria do agir comunicativo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 58-62.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COREIA DO SUL. **Constituição**. Disponível em: <http://korea.assembly.go.kr/res/low_01_read.jsp?boardid=10000000035>. Acesso em 10dez. 2017.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 09ago. 2015.

DEUTSCH, Morton. **A Resolução do Conflito: processos construtivos e destrutivos**. New Haven (CT) Yale University Press, 1977 - traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (org.) Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v.3. p. 29-52.

_____. **Cooperation and Competition**. In M. Deutsch, P. T. Coleman & E.C. Marcus (Eds.), The Handbook of Conflict Resolution: Theory and practice. San Francisco: Jossey-Bass, 2006. p. 23-42.

DIDDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com Aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIORELLI, José Osmir et al. **Mediação e solução de conflitos**. Teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FRANÇA. **Constituição**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em 10dez. 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia**. Saberes necessários à prática educativa. 25. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Nova perspectiva na advocacia. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação**: ensino em construção. São Paulo: Ipam, 2016. p. 167-190.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 33-41.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**. Condições, Desafios e Limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coord). Vol.1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, Weslley Carlos. **O Ensino Jurídico e os meios não contenciosos de Solução de Conflitos**. Disponível em:
<http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O_ENSINO_JURIDICO_E_OS_MEIOS_NAO_CONTENCIOSOS_DE_SOLUCAO_DE_CONFLITOS.pdf>. Acesso em: 18 out. 2016.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. Justiça e democracia. Tradução: Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GIL, Antônio Carlos. **Metodologia do ensino superior**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIANNETTI, Eduardo. **Felicidade**. Diálogos sobre o bem estar da civilização. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. Disponível em:
<[http://baixardownload.jegueajato.com/Eduardo%20Giannetti/Felicidade%20\(461\)/Felicidade%20-%20Eduardo%20Giannetti.pdf](http://baixardownload.jegueajato.com/Eduardo%20Giannetti/Felicidade%20(461)/Felicidade%20-%20Eduardo%20Giannetti.pdf)> Acesso em: 10ago.2015.

GRAHAM, Carol. **Happiness around the World: The Paradox of Happy Peasants and Miserable Millionaires**. Sociologický časopis/Czech Sociological Review, 2012, Vol. 48, n. 3. Oxford 2009: Oxford University Press. p. 585-587.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: Ipam, 2016. p. 167-190.

GUERRERO, Luis Fernando. **Os Métodos de Solução de Conflitos e o Processo Civil**. De acordo com o novo CPC. Carlos Alberto Carmona (coord.). São Paulo: Atlas, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Racionalidade da ação e racionalização social. Tradução: Paulo Astor Soethe. Vol.1. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

_____. **Teoria do Agir Comunicativo**. Racionalidade da ação e racionalização social.

Tradução: Paulo Astor Soethe. Vol.2. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Doze lições. Tradução: Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**. Volume 2. Lifeworld and System: A critique of functionalist reason. Tradução: Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1987.

_____. **Racionalidade e Comunicação**. Tradução: Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HAITI. **Declaração de Independência do Haiti**. Disponível em:

<www.nationalarchives.gov.uk/dol/images/examples/haiti/0003.pdf>. Acesso em 10dez. 2017.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral (Orgs). **O Marco Legal da Mediação no Brasil**. Comentários à Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015.

HALE, Durval. A confidencialidade na mediação: exceções. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**. Comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 191-206.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Rev. Objetiva, 2004.

JAPÃO. **Constituição**. Disponível em: <<http://www.br.emb-japan.go.jp/cultura/constituicao.html>>. Acesso em 10dez. 2017.

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Morco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 3. ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.149-167.

KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. **Mapeando a Mediação: os riscos do Gráfico de Riskin**. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. Vol. 3. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 101-135.

LACAN, Jaques- **Seminário Livro 7: A ética da psicanálise – 1959-1960/ Jacques Lacan;** texto estabelecido por Jacques- Alain Miller; [versão brasileira Antônio Quinet] – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

LAGRASTA, Valéria Ferioli. Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejusc's) e seu caráter de tribunal multiportas. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção.** São Paulo: Ipam, 2016. p. 95-125.

_____. Obrigatoriedade da mediação e vinculação ao Poder Judiciário? In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção.** São Paulo: Ipam, 2016. p. 191-196.

_____. Conciliação e Mediação: Por que diferenciar? Conceituação brasileira. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção.** São Paulo: Ipam, 2016. p. 233-245.

_____. Código de Ética: princípios, regras de conduta, sanções, remuneração e supervisão. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção.** São Paulo: Ipam, 2016. p. 485-494.

LAMA, Dalai; CUTLER, Howard C. **A Arte da Felicidade.** Um Manual para a Vida. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2000.

LANZ, David, et al. **Evaluating Peace Mediation.** November 2008. Disponível em: < <https://www.oecd.org/derec/ec/Swiss%20Peace%20%20evaluating%20peace%20negotiations.pdf>> Acesso em: 22fev. 2018.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade:** História, Teoria, Positivização e Jurisdição. 2013. 357 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à Felicidade.** São Paulo: Almedina, 2017.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos.** Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LOWMAN, Joseph. **Dominando as técnicas de ensino.** Tradução de Harue Ohara Avritscher. São Paulo: Atlas, 2004.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

_____. **A Fraternidade como categoria jurídica**. Fundamentos e Alcance. (Expressão do Constitucionalismo Fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Clara. **O princípio jurídico da Fraternidade**: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINHO, Raul. **Prática na Teoria: aplicações da teoria dos jogos e da evolução aos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**: uma visão da ordem cristã. 5. ed. Traduzido por Afrânio Coutinho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1945.

MARTINI VIAL, Sandra Regina. **Sociedade Complexa e o Direito Fraternal**. SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. (Org.). In Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 181-201.

_____. **Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita**. Contribuciones desde Coatepec, n. 12, enero-junio, 2007, p. 123-138. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, México.

MEIRELLES, Delton Ricador Soares; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. Mediadores. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil**. Comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016. p. 91-128.

MOORE, Christopher. **El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos**. Ediciones Granica: Barcelona, 1995.

_____. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**; trad. Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

OLIVEIRA FILHO, José de. **Teoria dos Jogos. Vivendo e aprendendo a jogar**. Um encaminhamento aos jogos da vida. Aracaju: Info Graphics, 2011.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Agenda 2030**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em 14dez. 2017.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Calendário anual de comemorações das Nações Unidas**. Disponível em <<http://www.un.org/es/sections/observances/international-days/index.html>>. Acesso em 14dez. 2017.

PARKINSON, Lisa. **Mediação Familiar**. Tradução: Erica de Paula Salgado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **Fraternidade como Categoria Jurídica**. Pierre, Luiz et al (Orgs.). São Paulo: Cidade Nova, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org). **Desvendando o novo CPC**. 3. ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.149-167.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org). **O Princípio Esquecido/1**. A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 25-55.

RADULESCU, Dragos Marian. **Mediation - a Method to Resolve Conflicts Without Going to Justice**. Revista Română de Statistică – Supliment Trim IV/2012. p. 279-284. Disponível em: <http://www.revistadestatistica.ro/suplimente/2012/4/srrs4_2012a41.pdf> Acesso em: 22fev. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REICHELT, Luis Alberto. O direito fundamental do acesso à justiça e a regulamentação das atividades de conciliação e mediação pelo Poder Judiciário no novo Código de Processo Civil brasileiro. In: In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Morco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 3. ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 243-264.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 13-56.

_____. Tomada de decisão em Mediação: o novo "Gráfico Antigo" e o sistema do "Novo Gráfico Novo". In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan Machado (orgs.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007. p. 129-170.

_____. **Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed**. University of Florida Levin College of Law. UF Law Scholarship Repository. 1 Harv. Negot. L. Rev. 7, 1996. Disponível em: <http://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1684&context=facultypub>>. Acesso em 20jun. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não-violenta**. Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução: Mário Vilela. 2. ed. São Paulo: Ágora, 2003.

RUSSEL, Bertrand. **The conquest of happiness**. London: George Allen & Unwin LTD, 1932.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Universidade do Séc. XXI**: Para uma reforma democrática e emancipatória da Universidade. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/auniversidadedosecXXI.pdf>>. Acesso em: 30nov. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista de direito econômico**. Petrópolis: KBR Editora digital, 2011.

SCHAFRANSKI, Marcelo. **Medicina da Felicidade**. São Paulo: Matrix Editora, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Ricardo Doninelli Mendes e Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de resolução de conflitos e acesso à justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho**. 3a Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: _____ (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160-180.

_____. Mediação Interdisciplinar: um caminho viável à autocomposição dos conflitos familiares. **Diké : revista do mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe** / Programa de Pós-Graduação em Direito. Vol. 1, n. 1 (jul./dez. 2011). 252 p. São Cristóvão: Editora UFS, 2011. p. 121-135.

_____. **Termo de Ajuste de Conduta**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da; VITALE, Carla Maria Franco Lameira. Aplicação da Teoria dos Jogos na Mediação de Conflitos: o equilíbrio de Nash como estratégia de maximização de ganhos. In: MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, José Sebastião de; BEÇAK, Rubens. (Coord.). **Revista Formas Consensuais de solução de conflitos**. [Recurso eletrônico on-line]. vol.2, n.1. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

SOUSA, Felipe Oliveira de. O raciocínio jurídico entre princípios e regras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a.48 n. 192 out./dez. 2011 p. 95-109.

TARTUCE, Fernanda. Técnicas de Mediação. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42-57.

_____. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Forense, 2016.

_____. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 125-146.

TAVARES, André Ramos. **Fronteiras da Hermenêutica Constitucional**. São Paulo: Método, 2006.

TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos Aplicada à Estratégia Empresarial**. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

TESSER, Gelson J. **Ética e educação: uma reflexão filosófica a partir da Teoria Crítica de Jürgen Habermas**. Campinas: Unicamp, tese de doutorado, 2001.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VITALE, Carla Maria Franco Lameira. Mediação de Conflitos e a Busca da Felicidade no Contexto dos Direitos Humanos. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 181-196, Jul/Dez. 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Volume III. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. "Juizados Especiais" e a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Cejusc e Tribunal Multiportas. In: BACELLAR, Roberto Portugal e LAGRASTA, Valéria Ferrioli (Coord.) **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: Ipam e Enfam, 2016. p. 119-125.

WERLANG, Sênargio Ribeiro da Costa. **Teoria dos Jogos**. Ciência Hoje, v. 18, n. 105, Nov/Dez. 1994.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, Família, Escola e Lei**. A Mediação de Conflitos. Lisboa: Comunicação, 2006.

_____. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63-93.

ZAPAROLLI, Célia Regina; KRÄHENBÜHL, Mônica Coelho. Teoria da Comunicação - Visão do Direito. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: Ipam, 2016. p. 275-319.

_____. Alguns modelos de mediação. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli (Coord.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: Ipam, 2016. p. 395-435.